

AVBESTILLING AV UTVIKLINGSKONTRAKTER FOR DATAPROGRAMVARE



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 679
Leveringsfrist: 25.11.2011

Til sammen 15 846 ord

21.11.2011

Innholdsfortegnelse

| | | |
|-----------------|--|------------------|
| <u>1</u> | <u>INNLEDNING</u> | <u>1</u> |
| 1.1 | Problemstilling | 1 |
| 1.2 | Avgrensninger | 2 |
| 1.3 | Metode og rettskildebruk | 3 |
| 1.4 | Avbestilling | 3 |
| 1.4.1 | Hva er avbestilling | 3 |
| 1.4.2 | Behov og hensyn | 4 |
| 1.5 | Særtrekk ved utviklingskontrakter | 5 |
| 1.5.1 | Innledning | 5 |
| 1.5.2 | Metoder for utvikling av dataprogramvare | 6 |
| 1.5.3 | Sammenligning med andre kontraktsområder | 8 |
| 1.6 | Relevante standardkontrakter på utviklingsområdet | 9 |
| 1.6.1 | Innledning | 9 |
| 1.6.2 | Standardkontrakter på IT- området | 9 |
| 1.6.2.1 | Statens standardavtaler | 9 |
| 1.6.2.2 | IKT- Norge | 10 |
| 1.6.2.3 | PS 2000 | 10 |
| 1.6.3 | Standardkontrakter på sammenlignbare områder | 11 |
| 1.6.3.1 | NS 8405 og NS 3430 | 11 |
| 1.6.3.2 | NF 07 og NF 92 | 11 |
| <u>2</u> | <u>AVTALETOLKNING OG UTFYLLING</u> | <u>12</u> |
| 2.1 | Innledning | 12 |
| 2.2 | Ordlydstolkning | 12 |
| 2.3 | Supplerende tolkningsregler | 14 |
| 2.4 | Utfylling av avtalen | 16 |

| | | |
|-----------------|--|------------------|
| 2.5 | Tilnærming til andre rettsområder | 17 |
| <u>3</u> | <u>AVBESTILLING AV DATAUTVIKLINGSAVTALER</u> | <u>22</u> |
| 3.1 | Innledning | 22 |
| 3.2 | Standardkontraktene som uttrykk for generelle obligasjonsrettslige prinsipper | 22 |
| 3.3 | Kjøpslovens regler om tilvirkningskjøp | 25 |
| 3.4 | Andre rettsområders relevans | 28 |
| 3.5 | Rimelighetshensyn og momenter i en konkret vurdering | 34 |
| 3.5.1 | Innledning | 34 |
| 3.5.2 | Rimelighetshensyn | 34 |
| 3.5.3 | Kontraktsforløpet | 35 |
| 3.5.3.1 | Innledning | 35 |
| 3.5.3.2 | Avbestilling etter den tradisjonelle utviklingsmetode | 35 |
| 3.5.3.2.1 | Avbestilling i forbindelse med den detaljerte leveransespesifikasjonen | 35 |
| 3.5.3.2.2 | Avbestilling i utviklingsfasen | 38 |
| 3.5.3.3 | Avbestilling etter iterativ metode | 39 |
| 3.5.4 | Avbestilling med og uten erstatning | 41 |
| 3.5.4.1 | Avbestilling uten erstatning | 41 |
| 3.5.4.2 | Avbestilling mot erstatning | 42 |
| 3.5.5 | Begrunnelsens relevans for avbestillingen | 43 |
| <u>4</u> | <u>SAMMENDRAG</u> | <u>46</u> |
| <u>5</u> | <u>LITTERATURLISTE</u> | <u>47</u> |

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Utvikling av dataprogramvare i IT- bransjen er i stor framgang, og har siden IT-revolusjonen nærmest eksplodert i næringslivet. Også for private brukere har utviklingen skjedd hurtig, men på en litt annen måte. Private brukere kjøper ofte såkalt standard programvare, det vil si programvare som man kan få kjøpt i butikk over disk. I næringslivet er ofte behovet et annet, og da kan det være utilstrekkelig med standard programvare. Utvikling av programvare spesialtilpasset for den enkelte bedrift blir stadig vanligere, og slike kontrakter inngås i dag i et stort antall. Kontraktene om særskilt utviklet dataprogramvare er mangfoldige og varierer fra systemutvikling av små gratisprogrammer på web til de store avtalene med forvaltningsorganer, store ledende bedrifter, flyplasser, bomstasjoner osv. Behovet for spesialtilpasset dataprogramvare blir stadig større, nå som ønsket om effektivisering øker i samfunnet.

Når en bedrift har tatt avgjørelsen om at den ønsker et nytt datasystem, starter prosessen med å utvikle programvaren. Prosessen er i de fleste tilfeller lang og krevende, og det må ofte underveis i arbeidet foretas tilpasninger og justeringer i forhold til det som opprinnelig var avtalt. Leverandør og kunde vet sjelden ved kontraktsinngåelsen nøyaktig hvordan programmet skal se ut når det er ferdig. Dette henger sammen med at det er vanskelig å spesifisere programvaren så detaljert at man unngår uklarheter. Oppdraget kan bli mer omfattende enn hva man hadde trodd, programvaren passer kanskje ikke med bedriftens eksisterende systemer eller forutsetningene kan ha forandret seg underveis. Etter hvert som man ser omfanget av oppdraget, kan den avtalte tid for levering måtte justeres, utviklingsprosessen endres eller det kan bli diskusjon vedrørende pris på oppdraget. For kontrakter om utvikling av dataprogramvare er det snarere unntaket enn hovedregelen at prosjektet blir ferdig til avtalt tid og til avtalt pris. Det er for slike tilfeller at behovet for avbestilling viser seg, men det kan også være andre grunner til at kunden ønsker å avbestille.

I praksis skjer ikke avbestilling så ofte, og det er lite rettspraksis på området. I de finanskriser som har vært, og med de ettervirkninger som den har gitt, ser det likevel ut som om avbestilling har blitt mer aktuelt i kontraktsforhold, og da kanskje særlig for programutviklingsavtaler. De særpreg som disse avtalene i seg selv innebærer er interessante for nærmere redegjørelse, men også teorien om kontraktsbindinger og kontraktsbrudssanksjoner er interessante. De rettslige spørsmål som kan oppstå i forhold til utviklingsavtaler for dataprogramvare, må ta utgangspunkt i den avtalen som foreligger mellom partene. I dag er det blitt mer vanlig å benytte seg av de standardavtaler som er utviklet på området, men i mange tilfeller benyttes likevel ikke disse standardene. Kontraktene utarbeides også ofte på egen hånd av partene seg imellom, noe som kan føre til at vesentlige momenter, som for eksempel retten vedrørende avbestilling, ikke reguleres eller blir uklart formulert.

Problemstillingen for avhandlingen er om kunden kan avbestille datautviklingsoppdrag etter at det er inngått bindende avtale. Avhandlingen tar utgangspunkt i de tilfeller der kontrakten er taus eller uklar med hensyn til om det foreligger en slik avbestillingsrett.

1.2 Avgrensninger

Avhandlingen avgrenser mot konsekvensene av avbestillingen og det økonomiske etteroppgjør vil derfor ikke bli behandlet. Avhandlingen vil kun vurdere om det foreligger avbestillingsrett, og ikke hvilke regler som eventuelt skal gjelde. Videre skal det kun vurderes de tilfeller hvor avbestillingsretten ikke er uttrykkelig regulert i kontrakten, og det vil derfor avgrenses mot de tilfeller hvor reglene er regulert eller avtalen tar utgangspunkt i en standardavtale. Avhandlingen vurderer kundens rett til å avbestille, og leverandørens avbestillingsrett faller derfor utenfor oppgavens tema. Drøftelsene vil også avgrenses mot andre endringshåndteringer enn avbestilling. Det vil ikke bli drøftet i hvilken grad kunden kan foreta en oppsigelse eller heving av kontrakten. Det avgrenses også mot antisipert mislighold og bortfall grunnet bristende forutsetninger. Avhandlingen tar utgangspunkt i de større utviklingsprosjektene og det må derfor avgrenses mot små utviklingsavtaler hvor kjøpselementet er større enn selve utviklingen.

1.3 Metode og rettskildebruk

Per i dag foreligger det svært lite rettskildemateriale innenfor IT- kontrakter, og avbestillingsproblematikken i system- og utviklingskontrakter er i liten grad berørt i rettslitteraturen og i rettspraksis. Mange av tvistene avgjøres utenfor de ordinære domstoler og dette gjør at den praksis som foreligger er vanskelig tilgjengelig. Dette gjelder også i stor grad for de utenlandske rettskilder som kunne være av betydning for temaet. Avbestilling generelt finnes det noe rettskildemateriale på, men det foreligger veldig begrenset materiale hvor dette er tema innenfor IT- kontrakter. Drøftelsen må derfor i større grad ta utgangspunkt i alminnelig obligasjonsrett, og det vil i denne sammenheng trekkes analogier til andre beslektede kontraktsområder. Således vil avhandlingen måtte preges av mer de lege ferenda- synspunkter, enn hva tilfellet ville vært i forhold til avbestilling innenfor for eksempel entreprise. Dette vil også gjøre seg utslag i systematikken og i valg av momenter som tillegges vekt. Kontraktspraksis er en stor og viktig rettskilde innen utviklingsavtaler og for entreprise kan en i større grad enn for programutvikling si at det har utviklet seg en praksis for hvordan slike avtaler skal tolkes, og uenigheter løses. IT- bransjen er fortsatt et nytt område hvor utviklingen går hurtig og leveransene er ulikartet og individuelt tilpasset. Kontraktspraksis både innenfor IT-kontrakter og nærliggende områder kan være relevant. Det finnes flere standardkontrakter for programutvikling, og de fleste gir kunden en rett til å avbestille. Avhandlingen tar som sagt for seg de tilfeller hvor en slik standardavtale ikke foreligger, og avhandlingen må vurdere hvilken relevans disse kan ha når de ikke er uttrykkelig inntatt i avtalen. Bransjepraksis fra andre store kontraktsfelt vil også berøres, men vil ikke uten videre få direkte anvendelse.

1.4 Avbestilling

1.4.1 Hva er avbestilling

En definisjon av avbestilling er at når kunden sier fra om at han ikke ønsker å motta naturaloppfyllelse, da er leverandøren pliktig i forhold til kunden å stoppe det videre arbeidet med oppfyllelsen. Virkningen av avbestillingen vil da være at leverandøren

ikke kan fastholde oppfyllelsen av avtalen etter dens primære innhold.¹ Ved inngåelse av avtale om engangsytelser og rateytelser må utgangspunktet være at kunden ikke kan si seg fri fra sin egen forpliktelse ved å avbestille motytelsen, og at han derfor heller ikke kan komme ut av sine forpliktelser i avtaleforholdet.² Dette følger av det alminnelige prinsipp om at en avtale skal oppfylles etter dens innhold. Dersom en skulle hatt en alminnelig rett til å avbestille en ytelse uten erstatning ville dette i realiteten innebære at kontrakten ikke er bindende for den part som har avbestillingsrett, altså kunden i vårt tilfelle. Begrepet avbestilling brukes gjerne om to ulike situasjoner. Den første er avbestilling når en kontraktspart ved en erklæring til medkontrahenten kan tre tilbake fra kontrakten uten å betale erstatning. Den andre situasjonen er når en kontraktspart kan fraskrive seg retten til å få realoppfyllelse mot å betale erstatning til medkontrahenten.³

1.4.2 Behov og hensyn

Selv om en part har inngått en kontrakt med det mål for øye å gjennomføre den, så kan det skje uforutsette ting som gjør at det oppstår et behov for å avbestille. Et datautviklingsprosjekt tar ofte lang tid, og det er mye som kan skje fra avtalen slutføres og til programmet står klart til kunden. Prosjektet kan ofte være uforutsigbart og det kan vise seg at en er nødt til å foreta endringer underveis. Dette kan være fordi det viser seg at kunden har behov for noe annet enn det som først var avtalt, eller fordi det er hensiktsmessig å foreta endringer for å få programmet til å passe bedre til bedriftens eksisterende systemer og organisasjonsstruktur. Dette kan igjen føre til at programmet ikke får det tiltenkte designet eller alle de tiltenkte ytelsene som kunden ved avtaleinngåelsen hadde forespeilet seg. Det kan også være andre grunner til at kunden ønsker å avbestille utviklingen. Utviklingen i IT- bransjen går veldig fort, og kanskje er det slik at kontrakten som er inngått om den avtalte programvare er utdatert allerede før den er ferdigstilt, eller at det har kommet standardprodukter som helt eller delvis kan dekke de samme behov. Det kan derfor være at kunden innser at han ikke lenger har

¹ Ola Mestad (2010) s. 328 og Viggo Hagstrøm (2003) s. 234.

² Engangsytelser og rateytelser avgrenses her mot løpende ytelser.

³ Viggo Hagstrøm (2003) s. 38.

behov for gjenstanden og derfor ønsker å avbestille. Kunden kan også være misfornøyd med leverandørens utførelse, han har kommet i økonomisk uføre, eller prisen på prosjektet kan ha oversteget hva han i utgangspunktet ønsket å betale for ytelsen. I et datautviklingsprosjekt vil samarbeidet mellom kunde og leverandør være helt avgjørende, og dersom samarbeidet er dårlig vil kanskje kunden ha et behov for å avbestille. Det er med andre ord mange forhold som gjør at en kunde kan se et behov for å avbestille den avtalte ytelse. Spørsmålet som da oppstår er om kunden har en rett til å avbestille.

Det er flere hensyn som gjør seg gjeldende i forhold til avbestilling etter at tilvirkningen har startet. På den ene siden vil det være naturlig å gi kunden en avbestillingsrett. Det er han som skal ha produktet, og da bør han ikke tvinges til å ta imot noe han ikke lenger ønsker. Særlig må dette gjelde når endringene i behov ligger utenfor kundens kontroll. På den andre siden er det viktig at kontrakter opprettholder sin status som gjensidig forpliktende og at disse er bindene i den utstrekning partene har avtalt. Leverandørens behov vil også måtte vurderes. Spesielt vil leverandørens innrettelse til avtalen være et hensyn som bør vektlegges. At det kan kompenseres økonomisk for det tapet som leverandøren lider, vil være et argument som gjør at dette hensynet ikke får like stor vekt som i de tilfeller hvor leverandøren blir økonomisk skadelidende som følge av en avbestilling. Likevel kan det være tilfeller hvor leverandøren har inngått kontrakten fordi han ønsker en kompetanseheving i bedriften, publisitet, eller at han ønsker å skape kontakter til underleverandører. Dette vil en økonomisk kompensasjon ikke kunne avverge. På det samfunnsøkonomiske området kan en si at det vil være sløsing med ressurser å fortsette å tilvirke noe som mottakeren ikke lenger vil ha.

1.5 Særtrekk ved utviklingskontrakter

1.5.1 Innledning

En utviklingskontrakt vil typisk være en avtale om noe som over tid skal utvikles særskilt for kunden. Det kan være datautviklingsavtaler, entrepriseavtaler, petroleumsavtaler, eller andre typer avtaler hvor det skal utvikles noe særskilt for

kunden. I kjøpsrettslig forstand er utviklingskontrakter nærmest å regne som såkalte tilvirkningskjøp. Dette er i kjøpsloven⁴ definert som ting som skal tilvirkes, når den som bestiller ikke skal skaffe en vesentlig del av materialet. De aller fleste utviklingsavtaler vil være satt bort fullstendig til en leverandør, og denne vil følgelig sørge for de materialer som det er behov for. Kjøpsloven vil, som avhandlingen tar for seg senere, likevel ikke gjelde direkte for datautviklingsavtalene.⁵ Utviklingsavtalene er ofte langvarige prosjekter som gjelder forretningskritiske anskaffelser. Dette kan på datautviklingsområdet for eksempel være programvare som er nødvendig for produksjon, kundesupport eller regnskap. På entreprisområdet vil det kunne være viktige bygg for å utvide eller utvikle bedriften, og i petroleumsindustrien kan det være snakk om nye konstellasjoner eller påbygg for å optimalisere utvinningen. På IT-området vil som oftest ikke kjøperen ha noen særlig kompetanse om programutviklingen og han må derfor i stor grad stole på at leverandøren har kompetansen til å utvikle programvaren. Leverandøren på sin side kjenner ikke kundens virksomhet, og må sette seg inn i denne for å kunne levere et produkt som er tilpasset virksomheten. På entreprise- og petroleumsområdet vil det også være leverandøren som sitter på kompetansen og ekspertisen, men likevel kan det på disse områdene være noen forskjeller til datautviklingsområdet i forhold til forutsetningene man har. Dette vil behandles i punkt 1.4.2. Et vellykket utviklingsprosjekt er som oftest avhengig av et tett samarbeid mellom kunde og leverandør, og det som kunden skal bidra med i prosjektet er ofte også av stor betydning. I det følgende vil det være interessant å se nærmere på om utviklingskontraktenes særpreg⁶ bør få betydning i forhold til vurderingen av om det bør være en særskilt rett til å avbestille.

1.5.2 Metoder for utvikling av dataprogramvare

I IT- bransjen er det vanlig å skille mellom to ulike metoder for utvikling av dataprogramvare. Dette er henholdsvis utvikling basert på fast kravsspesifikasjon (fossefallsmetoden) og utvikling basert på vekselvis utvikling av krav og system (såkalt

⁴ Kjøpsloven § 2 første ledd.

⁵ Se punkt 2.5, jf. kjøpsloven § 2 annet ledd.

⁶ I motsetning til vanlige kjøp, som ikke skal tilvirkes.

iterativ metode).⁷ Disse metodene er de klart vanligste og de som denne avhandlingen vil behandle. Det er tre store standardkontrakter på datautviklingsområdet og alle disse standardene tar utgangspunkt i en av disse utviklingsmetodene. Det er store forskjeller mellom utviklingsprosjekter og det er opp til partene å vurdere hvilken metode som passer best for det prosjektet man ønsker å gjennomføre. Tradisjonelt har IT-utviklingsprosjekter vært basert på fossefallsmetoden. Ved bruk av denne metoden må det gjøres en betydelig innsats i forkant for å spesifisere leveransen, for så å sette bort utviklingen på anbud og i mange tilfeller på fastprisoppdrag. Prinsippet bak fossefallsmetoden er at kravsspesifikasjonen omformes i klart definerte faser gjennom design, programmering og testing fram mot et ferdig produkt. Ulempen med en slik utviklingsmodell vil være at kunden oftest ikke har noen særlig mulighet til å påvirke utviklingen underveis, i motsetning til hva en ville hatt dersom en hadde valgt for eksempel iterativ utvikling. Dette fordi leverandøren har påtatt seg oppdraget ut fra de spesifikke kravene som ble inngått ved avtalen, og da gjerne til fast pris og til et avtalt tidspunkt for ferdigstilling. Eventuelle endringer må da vurderes mot den effekt de får på tidsplan og budsjett. På den andre siden vil kunden ha den tryggheten at risikoen for overskridelser og forsinkelser i utgangspunktet ligger hos leverandøren.

Den andre utviklingsmetoden er iterativ metode. Dette er en nyere utviklingsmodell som i større grad fokuserer på et samspill mellom utvikler og kunde. Her er det ikke i detalj utarbeidet en fast kravsspesifikasjon før arbeidet påbegynnes. Modellen baserer seg på en vekselvis utvikling av krav og system. Det vanligste er å lage en prototype på grunnlag av en meget grov beskrivelse av systemet. I en slik utvikling er det enkelt å gjennomføre endringer underveis, noe som igjen betyr at kunden kan påvirke prosessen helt til siste slutt. Ulempen med en slik metode vil være at prosessen er vanskelig å styre frem mot et endelig resultat, fordi kunden stadig kan komme med nye ideer osv. Det vil da være vanskelig for utvikleren å lage gode anslag over ressursbehov, og det vil derfor løpe en risiko for kunden for overskridelser og forsinkelser.

⁷ Kontrakter for utvikling av programvare (2006) s. 124-125.

1.5.3 Sammenligning med andre kontraktsområder

På rettsområdet for programvareutvikling finner vi få holdepunkter for spørsmålet om det foreligger en avbestillingsrett, i de tilfeller hvor dette ikke er avtalt. Det vil da kunne være relevant å se hen til andre kontraktsområder for å finne løsninger. Det er de likheter som foreligger mellom kontraktsområdene som kan gjøre det relevant å se hen til disse. For det aktuelle tema vil det være mest hensiktsmessig å se hen til entrepris- og petroleumsområdet. Alle disse områdene vil stort sett være regulert av relativt like utviklingskontrakter, hvor det som skal utvikles er av stor betydning for kjøperen.

Kontraktene er ofte store og omfattende, og oppdraget vil i de fleste tilfelles settes fullstendig bort til en leverandør. Videre vil interessene være mange av de samme, og partenens stilling i avtaleforholdet er ganske like. For avbestillingen vil også mange av de samme hensyn gjøre seg gjeldende. Leverandørens innrettelseshensyn, kjøperens behov for å tre ut av den, og de samfunnsøkonomiske hensyn i forhold til å unngå sløsing av ressurser. Bestemmelsene i standardkontraktene for programvareutvikling og på entrepris- og petroleumsområdet er også mange av de samme, og alle rettsområdene bygger på den samme bakgrunnsretten.

Som vi har sett på overfor i punkt 1.4, så er det stilt spørsmål om utviklingskontraktenes særpreg bør gjøre seg utslag i avbestillingsretten. For den videre drøftelse er det derfor interessant å se på om dataprogramvareutviklingen skiller seg fra entrepris- og petroleumsutviklingen. I forholdet mellom datautviklingsavtaler og entrepris- og petroleumsavtaler er det ofte mange likheter, men også noen forskjeller. Det som i mange tilfeller skiller datautviklingsområdet fra de andre områdene, er de forutsetninger kunden har om utviklingen forut for avtaleinngåelsen. I entrepris- og petroleumsretten vil kunden i de fleste tilfeller ha en viss kunnskap i forhold til hvordan utviklingen skal skje og hvordan det ferdige produkt skal se ut. Det vil også for disse prosjektene være lettere å sammenligne med tilsvarende prosjekter og innhente mer generell informasjon om utviklingen. For programvareutvikling vil kunden oftest ikke ha den samme kunnskap for den utvikling som skal skje, og hvordan man skal komme fram til det produkt som kunden ønsker. Det vil også være vanskeligere å innhente informasjon, da hvert prosjekt er mer unikt, enn for de sammenlignbare områder. Samarbeidet mellom leverandør og kunde vil også i datautviklingen være av større betydning enn hva det vil være for utvikling på entrepris- og petroleumsområdet. Særlig vil dette samarbeidet

være av stor betydning i selve utviklingsfasen. Et fungerende samarbeid er av større betydning i datautviklingen, og det kan være grunn til å la dette få betydning for om kunden skal innrømmes en rett til å avbestille.

1.6 Relevante standardkontrakter på utviklingsområdet

1.6.1 Innledning

I vurderingen av om det bør være en avbestillingsrett for datautviklingsavtaler, vil det være relevant å se hen til standardkontraktene på IT- området og standardkontraktene fra andre sammenlignbare rettsområder. Standardkontraktene kan enten være utformet av den ene partens representanter, eller de kan være utformet av en nøytral part. I IT-bransjen er det noen standardkontrakter som utpeker seg mer enn andre, og som blir brukt i større omfang. Dette gjelder også på de sammenlignbare områdene.

Avhandlingen vil derfor se hen til de standardene som er mest benyttet i praksis og som har mest tilknytning og flest likhetstrekk med datautviklingsområdet.

1.6.2 Standardkontrakter på IT- området

1.6.2.1 Statens standardavtaler

Statens standardavtaler for IT-anskaffelser er utgitt av Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi). Innen IT-anskaffelser finner vi tre standardavtaler som er av interesse for denne avhandlingen. Dette er programutviklingsavtalen, heretter SSA-U, kjøpsavtalen, SSA-K, og tilpasningsavtalen, SSA-T. For utvikling av dataprogramvare er det programutviklingsavtalen som er mest brukt. Avtalene tar utgangspunkt i en tradisjonell utviklingsmodell, basert på fossefallsmetoden. Difi har også under utvikling en ny standardavtale som kan brukes med mer moderne systemutviklingsmetoder enn den tradisjonelle fossefallsmetoden, men avtalen er ikke ferdigstilt. SSA er først og fremst utformet med sikte på offentlige anskaffelser, men benyttes også i avtaleforhold mellom private. Avtalen er ikke obligatorisk for statlige virksomheter, men den er anbefalt brukt

av Næringsdepartementet (Fornyings- administrasjons- og kirkedepartementet).⁸

Ettersom det offentlige opptrer på kjøpersiden, kan man si at denne avtalen er relativt kjøpervennlig.⁹ Alle tre standardavtalene inneholder en avbestillingsbestemmelse, og den er stort sett lik i alle tilfeller.¹⁰ Unntaket er at man i SSA-K ikke skiller mellom avbestilling i forbindelse med spesifiseringsfasen og avbestilling etter spesifiseringsfasen. Retten til å avbestille er likevel den samme for alle kontraktene, men det økonomiske etteroppgjør er noe forskjellig.

1.6.2.2 IKT- Norge

IKT- Norges standardavtale om systemutviklingsprosjekt, heretter kalt IKT- Norge, er utgitt av bransjeforeningen IKT- Norge i 2000. Avtalen tar utgangspunkt i en tradisjonell utviklingsmodell. I motsetningen til SSA- standardene er denne avtalen utarbeidet av leverandørsiden, og avtalen vil derfor være noe mer leverandørvennlig. Avtalen er ment til bruk for større systemutviklingsprosjekter, og inneholder en generell avbestillingsbestemmelse som sier at ”Kunden kan ved varsel til Leverandøren si opp Avtalen med den virkning at gjennomføringen av Prosjektet skal opphøre (avbestilling)”.¹¹

1.6.2.3 PS 2000

Kontrakten er utarbeidet av Den Norske Dataforening i samarbeid med representanter fra både kunde- og leverandørsiden. PS 2000 er et alternativ som skiller seg fra de to foregående kontraktene ved at den tar utgangspunkt i en iterativ prosjektmodell som forutsetter at rammebetingelser, muligheter og behov kan endres underveis i prosessen. Denne form for kontraktsregulering vil i større grad egne seg når det på forhånd ikke er mulig eller hensiktsmessig å fastsette nøyaktige spesifikasjoner. Kontrakten regulerer avbestilling og gir kunden en rett til å avbestille mot økonomisk kompensasjon.¹²

⁸ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/rundskriv/2009/referanse katalogen.html?id=570673>

⁹ Kontrakter for utvikling av programvare (2006) s. 63.

¹⁰ Se SSA-K pkt. 2.4, SSA-U pkt. 2.7.1 og 2.7.2 og SSA-T pkt. 2.6.1 og 2.6.2.

¹¹ IKT- Norge pkt. 7.1.1.

¹² PS 2000 Del II pkt. 7

1.6.3 Standardkontrakter på sammenlignbare områder

1.6.3.1 NS 8405 og NS 3430

NS- standardene er utgitt av Standard Norge. Standardene har vært retningsgivende i entreprise- og anleggsbransjen over lang tid, og benyttes i de fleste store oppdrag. Standardene regulerer når entreprenøren inngår kontrakt med byggherren om utførelsen av bygge- og anleggsarbeid, samtidig som det vesentligste av tegninger, beskrivelser og beregninger skal leveres av byggherren. NS 3430 ble etterfulgt av NS 8405 i 2004, men avhandlingen vil benytte disse om hverandre, da den gamle standarden i større grad er drøftet i rettsteorien og fordi de stort sett bygger på de samme prinsipper. Byggherren har etter begge standardene en rett til å avbestille hele eller deler av kontraktarbeidet, og det er ikke knyttet vilkår til denne avbestillingsretten.¹³ Etter standarden¹⁴ er det inntatt en bestemmelse om at avtalte ytelser som er avbestilt ikke kan utføres av andre entrepenører inntil overtakelse har skjedd, med mindre entreprenøren har misligholdt sin plikt til å utbedre etter 11.2. Etter standardene er det klart at det er fritt for kunden å avbestille, mot at det svares erstatning.

1.6.3.2 NF 07 og NF 92

NF- standardene er kontrakter for fabrikkasjonsoppdrag i petroleumsindustrien. Disse kontraktene tar utgangspunkt i større tilvirkningsoppdrag til bruk på norsk kontinentalsokkel, først og fremst om tilvirkning av maskineri og mekanisk utstyr. Standardene gir kunden en rett til å avbestille, og det er ikke innført noen krav til avbestillingsgrunnen.

¹³ NS 8405 pkt. 38.1 og NS 3430 pkt. 29.

¹⁴ NS 8405 pkt. 38.1 femte ledd.

2 Avtaletolkning og utfylling

2.1 Innledning

Det klare utgangspunkt i norsk rett, når det foreligger en avtale mellom to parter, er at den innbyrdes avtale regulerer de rettigheter og plikter som gjelder for forholdet. Like klart er det at dersom det finnes preseptoriske lovregler som gjelder de samme forhold, må disse likevel gå foran. For programutviklingsavtaler finnes ingen lovregler som kommer til direkte anvendelse, og da er det kontrakten som må legges til grunn. Det mest praktiske er selvfølgelig at reglene om avbestilling fremgår av selve avtaleteksten. Denne avhandlingen tar utgangspunkt i de tilfeller hvor avbestillingsretten ikke er uttrykkelig avtalt i kontrakten. Det første spørsmålet er da om retten til avbestilling kan følge av en tolkning av kontrakten. Når kontrakten ikke regulerer avbestillingsretten og løsningen ikke gir seg av en tolkning av denne, vil spørsmålet komme på spissen. Selv om avtalen er taus eller uklar på området, må vurderingen først og fremst ta utgangspunkt i selve avtalen. Deretter må det vurderes om det finnes andre grunnlag for å innfortolke en rett til avbestilling. Det er gjennom rettsteori og rettspraksis utviklet en rekke mer eller mindre sikre tolkningsregler. Disse tolkningsreglene er rettsregler som må følges for å fastslå hvilken framgangsmåte partene skal forholde seg til. Tilsidesettelse av tolkningsreglene vil innebære rettsanvendelsesfeil.¹⁵ Avhandlingen vil i det følgende ta for seg de tolkningsregler som kommer til anvendelse når spørsmålet om avbestilling oppstår.

2.2 Ordlydstolkning

En kontraktstolkning skal alltid ta utgangspunkt i selve avtalen. Utgangspunktet i norsk rett er at en skal legge til grunn et subjektivt tolkningsprinsipp.¹⁶ En skal etter dette prinsippet ta utgangspunkt i hva partene har ment ved utsagnet. Dette er en forlengelse

¹⁵ Jo Hov (2002) s. 147.

¹⁶ Jo Hov (2002) s. 146-147 og s. 148-150.

av den såkalte viljesteorien. En kan si at dersom partene i en avtale hadde villet forskjellige ting, så ville ikke avtalen blitt inngått. I en voldgiftsavgjørelse, M/S Tirranna¹⁷, het det at ”Hvis begge parter i et kontraktsforhold har forstått kontrakten på samme måte, vil denne felles forståelse være avgjørende, ikke bare hvor kontraktens ord synes å angi en avvikende løsning”. Det samme ble uttalt i Norrønna flydommen¹⁸: ”Subjektive momenter ved fortolkningen kan imidlertid også i næringslivets kontrakter føre til en annen forståelse enn det som følger av kontraktens ordlyd. I de tilfeller det kan påvises at kontraktspartene har hatt en felles forståelse som avviker fra en naturlig forståelse av kontrakten, må den omforente forståelse legges til grunn. Det kreves i slike tilfeller relativt klare holdepunkter for at partene har vært enige om en avvikende forståelse”. En må derfor først forsøke å finne den forståelse partene har hatt av kontrakten, og denne felles forståelse vil fortrenge også klar ordlyd. Dersom partene har hatt en felles forståelse av for eksempel avbestillingsretten, uten at denne er kommet direkte til uttrykk i kontrakten, vil denne være avgjørende. Dette er et utslag av det subjektive tolkningsprinsipp.

Motstykket til det subjektive tolkningsprinsipp er det objektive tolkningsprinsipp. Det som karakteriserer det objektive tolkningsprinsipp er først og fremst at det ikke er subjektivt. I disse tilfeller legger en ikke alltid avgjørende vekt på hva avgiveren har ment. Utgangspunktet ved en objektiv tolkning er at en skal legge til grunn en naturlig språklig forståelse av ordlyden. Likevel inneholder det objektive tolkningsprinsipp i norsk rett atskillige subjektive elementer. Hvis begge parter har oppfattet utsagnet på samme måte, er dette avgjørende. Dette selv om folk flest ville oppfattet utsagnet på en annen måte.¹⁹ Av og til brukes det objektive tolkningsprinsipp utelukkende om at utsagnet skal tolkes ut fra en naturlig og rimelig forståelse av ordlyden. I Bergensmeieriet- dommen²⁰ var prinsippet at ordlyden skulle legges til grunn da en ikke kunne finne holdepunkter for en annen løsning. Høyesterett la til grunn at utgangspunktet da måtte være ordenes alminnelige betydning etter vanlig språkbruk i det livsforhold som kontrakten gjelder. Dersom partene er uenige om hvordan avtalen

¹⁷ RG 1992 s. 728

¹⁸ Rt 2003 s. 1132, avsnitt 35.

¹⁹ Jo Hov (2002) s. 147.

²⁰ Rt. 1979 s. 676.

skal tolkes og ingen felles forståelse kan legges til grunn, må det legges til grunn en objektiv tolkningsteori. Dette er i tråd med Høyesteretts uttalelse i Rt. 1980 s. 84:

”Partene hevder å ha lagt hver sin mening i forbeholdet. Det avgjørende her blir da hva saksøkte med rimelighet kan legge i ovennevnte utsagn slik det framtrer etter sitt innhold og etter hele situasjonen. Dette spørsmålet må løses på grunnlag av avtalerettslige regler. Hovedregelen er da at utsagnet skal tolkes objektivt”. En ren objektiv tolkning skjer kun i de tilfeller hvor en ikke har noen subjektive holdepunkter.

Hov hevder at det i en viss grad går an å stille opp en trinnfølge mellom de ulike tolkningsreglene.²¹ Hovedregelen i norsk rett er klart at avtalen skal tolkes ut fra partenes felles forståelse. Dersom det kan legges til grunn en felles partsforståelse, vil denne forståelsen gi svar på spørsmål som kontrakten ikke behandler. Dersom man kan bevise at partene har ment at det skal foreligge en avbestillingsrett, men denne likevel ikke er kommet skriftlig til uttrykk i kontrakten, er det klart at det må legges til grunn at en slik rett foreligger. Denne forståelsen kan for eksempel ha kommet til uttrykk i en korrespondanse mellom partene forut for avtaleinngåelsen eller i en etterfølgende kontraktsforhandling, på en slik måte at det er klart at begge parter har forutsatt at det skal være en slik rett. Dette er et utslag av det subjektive element i norsk tolkningslære. I motsatt tilfelle, dersom partene for eksempel har tatt utgangspunkt i SSA U, hvor det i standardavtalen foreligger en klar klausul om avbestillingsrett, men har tatt denne ut av kontrakten, må en legge til grunn at partene har ment at denne ikke skal gjelde. For standardavtaler byr regelen om felles partsforståelse på særlige vansker. Her vil det sjelden være tilfelle at partene har hatt noen felles oppfatning av de ord og uttrykk som er benyttet.

2.3 Supplerende tolkningsregler

De supplerende tolkningsregler skal kun anvendes på de tilfeller hvor en ikke kommer fram til en løsning etter de tolkningsreglene som er behandlet overfor. Dette er tolkningsregler som bare skal anvendes der en er i tvil, altså der tvilen ikke har latt seg

²¹ Jo Hov (2002) s. 147.

løse ut fra de øvrige tolkningsregler.²² Selv om dette er supplerende tolkningsregler så er de like fullt tolkningsregler som skal følges, og som de primære tolkningsreglene vil det innebære rettsanvendelsesfeil å overse disse. I motsetning til de reglene som er skissert i punktet over, kan de supplerende reglene være noe mindre konkret.

Uklarhetsregelen er en sentral ulovfestet regel som legges til grunn som en supplerende tolkningsregel. Regelen ble inntatt i avtaleloven § 37 første ledd nr. tre på grunn av EUs direktiv mot urimelige standardvilkår i forbrukeravtaler, gjennom EØS- avtalen.²³ Det er likevel sikker rett at den også gjelder på ulovfestet område. I de tilfeller hvor ordlyden er uklar og ikke gir oss noen veiledning for hvordan kontrakten skal tolkes, vil uklarhetsregelen kunne være aktuell. Regelen innebærer at en avtale bør tolkes mot den som har det største ansvar for den uklarhet som har oppstått. En annen variant av regelen kan sies å være at avtalen må tolkes mot den som har utformet den, eller mot den kyndige part. Uklarhetsregelen kan i vårt tilfelle få betydning i forhold til om kyndige part burde fått med avbestillingsretten i avtalen. I Bergensmeieriet- dommen²⁴ uttalte Høyesterett at ”En kontrakt må i tvilstilfeller tolkes mot den som etter forholdene burde uttalt seg tydeligere”. I hvilken utstrekning dette prinsippet får betydning vil avhenge av hvilke kontrakter og kontraktparter vi står overfor. Står man for eksempel overfor en kontrakt som ensidig er utarbeidet av leverandøren og som ikke har en avbestillingsbestemmelse, kan dette tale i hans disfavør. På den annen side kan det tale mot en avbestillingsrett at det er kunden som har behov for en slik bestemmelse, og at han derfor burde sørget for å få med en bestemmelse om avbestilling i avtalen. I datautviklingsavtaler er det som regel et fleksibelt samspill i kontraktsforhandlingene mellom leverandør og kunde. Begge parter er ofte bistått av advokater, og slik sett vil det kunne være urimelig å pålegge den ene part en større byrde enn den andre.

²² Jo Hov (2002) s. 158.

²³ EU-direktiv 93/13/EØF

²⁴ Rt 1979 s. 676

2.4 Utfylling av avtalen

Utfylling av en avtale er noe annet enn en tolkning av en avtale. Med utfylling av en avtale menes, i denne avhandlingens forstand, å benytte bakgrunnsrett eller andre momenter til å løse de spørsmål som ikke er regulert i kontrakten. Olav Torvund sier i rettsteorien at "[d]er avtalen ikke gir holdepunkter, vil man gjerne støtte seg på bakgrunnsretten, slik at man får det Krüger kaller gravitering mot bakgrunnsretten".²⁵ Bakgrunnsretten kan være deklarasjonslov, kontraktssedvaner osv.²⁶ Skillet mellom de spørsmål som kan anses løst i avtalen, og de spørsmål som ikke kan det, vil kunne være mer eller mindre klart. Om et spørsmål kan anses løst i avtalen, eller ikke, vil bero på en tolkning.²⁷ Høyesterett kom i Interiørarkitekt- dommen²⁸ til at en avtale mellom en arkitekt og en kunde, måtte utfylles med en opphørsklausul, selv om kontrakten ikke inneholdt noen slik klausul. I dommen bruker Høyesterett uttrykket "fylles ut" og alternativet til å utfylle avtalen med en slik klausul kunne være å tolke inn en slik bestemmelse. Uansett viser dommen hvor flytende grensen mellom tolkning og utfylling kan være.²⁹

Utfylling av avtalen kan skje på to ulike måter. For det første kan avtalen utfylles med bakgrunnsretten. Til den deklarasjons bakgrunnsretten regnes også såkalte *naturalia negotii*, eller kontraktstypeløsninger. Dette er som regel løsninger som antas å ligge implisitt i en kontrakt. Når avtalen ikke kan utfylles tilstrekkelig med bakgrunnsretten må avtalen utfylles med individuelt tilpassede løsninger.³⁰ En kan for eksempel ta utgangspunkt i en hypotetisk partsvilje, eller det kan hende at en har visse holdepunkter i avtalen for en bestemt løsning. Men det kan også hende at en ikke har noen holdepunkter av denne typen – da må rett og plikt reguleres på den måten som alt i alt fremstår som den mest rimelige og fornuftige. Olav Torvund sier i rettsteorien at "[e]ndelig vil man løse spørsmålene ut fra reelle hensyn, hvilket vil si en vurdering av hva som gir det beste resultatet ut fra de holdepunkter man har".³¹ Som en forlengelse av dette uttaler Hov at "[n]år en skal vurdere hva som alt i alt er den beste løsningen,

²⁵ Olav Torvund; http://www.torvund.net/index.php?page=it_ktr_053

²⁶ Jo Hov (2002) s. 177.

²⁷ Jo Hov (2002) s. 176.

²⁸ Rt 1978 s. 702

²⁹ Jo Hov (2002) s. 177.

³⁰ Jo Hov (2002) s. 177.

³¹ Olav Torvund; http://www.torvund.net/index.php?page=it_ktr_053

står en imidlertid ikke fullstendig fritt. Selv om utfylling med individuelt tilpassede løsninger bare er aktuelt der spørsmålet ikke er løst i den deklatoriske bakgrunnsretten, må de løsninger en velger være i harmoni med lovgivningen ellers”.³² En må derfor også anta at løsningen på spørsmålet om det skal være en avbestillingsrett i datautviklingsavtalene må harmonere med de løsninger som gjelder etter kjøpsloven og de tilsvarende kontraktstyper, som for eksempel entrepriseretten og petroleumsretten.

2.5 Tilnærming til andre rettsområder

Det klare utgangspunkt må være at det er den foreliggende avtale mellom avtalepartene som regulerer avtaleforholdet. Av dette kan vi utlede at som hovedregel kan ikke regler fra andre rettsområder få direkte anvendelse på datautviklingsområdet. Spørsmålet er om regler fra andre rettsområder kan utfylle kontrakten, enten som bakgrunnsrett eller som momenter i en helhetsvurdering. I hvilken grad disse reglene kan danne grunnlag for en generell avbestillingsrett på datautviklingsområdet, vil avhandlingen ta for seg i punkt 3. Her vil avhandlingen først og fremst vurdere om det er grunnlag for å se hen til disse områdene. De kilder som det er interessant å se hen til i denne sammenheng er standardkontraktene på IT- området, kjøpsretten og standardkontraktene på entrepriser og petroleumsområdet. Olav Torvund hevder i rettsteorien at man for IT- avtalene ”i stor grad kan bygge på alminnelig kontraktsrett og på andre kontraktsområder, først og fremst kjøp og entrepriser”.³³ Dette taler for at det bør kunne være relevant å se hen til andre rettsområder, for å utfylle en taus datautviklingsavtale. Videre vil avhandlingen ta for seg de ulike områdene hver for seg.

Generelt kan man si om standardavtaler at dersom de ikke er benyttet i det enkelte tilfelle, er de ikke en del av avtalen. I en kontraktsmessig sammenheng hevdes det likevel at de kan få betydning, enten som innarbeidet kontraktspraksis eller kutyme, som uttrykk for generelle obligasjonsrettslige prinsipper eller på et allment grunnlag. Viggo Hagstrøm uttaler i rettsteorien at ”[s]elv om kontraktspraksis ikke kan aksepteres

³² Jo Hov (2002) s. 178.

³³ Olav Torvund; http://www.torvund.net/index.php?page=it_ktr_024

som kutyme, kan den imidlertid være rettskilde på alment grunnlag. Det vil særlig kunne være aktuelt på områder der en savner annen regulering(...) Når det legges vekt på løsninger som følger av standardkontrakter, har dette flere årsaker. Dersom det dreier seg om en innarbeidet bransjepraksis, kan de regler det gjelder, sies å ha bestått «livets prøve» i praksis. Det må være mindre betenkelig at en domstol legger til grunn regler som har vist seg å fungere, fremfor at domstolene, som presumtivt har lite sakkunnskap på det området det gjelder, på fritt grunnlag skal gjøre seg opp en mening om hva regelen skal være”.³⁴ Geir Woxholth sier i forlengelse av dette at ”[r]imelige og fornuftige standardvilkår som har vunnet stor utbredelse innen en bransje, bør etter forholdene kunne bli en del av avtalen uten uttrykkelig henvisning. Slike vilkår fremmer forutberegnelighet og stabilitet i bransjen, og i mange tilfeller vil det være mer nærliggende å kreve at den som ikke ønsker at avtalen skal sluttes på standardvilkårene gjør uttrykkelig oppmerksom på det”.³⁵ Spørsmålet er hvor langt en kan gå i å utlede regler direkte fra disse standardkontraktene, og hvilke standardkontrakter som kan inngå i en slik utfylling. Vurdering må blant annet ta utgangspunkt i hvilke standardkontrakter vi står overfor, hvordan disse passer på området og hvilken tyngde de har på det aktuelle rettsområde.

Spørsmålet her er om standardkontraktene på IT- området kan ha relevans som utfyllende momenter. Som Viggo Hagstrøm uttaler over, er det gode grunner for å se hen til standardkontrakter som tolkningsmomenter. Det kan hevdes at flere av bestemmelsene i standardkontraktene i en viss grad bygger på en generell bakgrunnsrett på utviklingsområdet, og kan på dette grunnlag sies å gi uttrykk for denne. Dette gjelder også avbestillingsbestemmelsene som har vesentlige likhetstrekk med bestemmelsene, både på entreprise- og petroleumsområdet og på kjøpsrettens område. Når kontrakten ikke gir holdepunkter kan standardkontraktene derfor i en helhetsvurdering danne grunnlag for gode momenter som uttrykker allmenne prinsipper og rimelighetshensyn. Det vil som Hagstrøm uttrykker være mindre betenkelig at en domstol legger til grunn regler som har vist seg å fungere, fremfor at domstolene på fritt grunnlag skal gjøre seg

³⁴ Viggo Hagstrøm (2003) s. 60

³⁵ Geir Woxholth (2007) s. 17-18.

opp en mening om hva regelen skal være.³⁶ Gode grunner taler derfor for at standardkontraktene på IT- området er relevante i utfyllingen av en taus IT- kontrakt.

Kjøpsretten står i en noe annen stilling enn standardkontraktene, og vil i større grad kunne være med på å gi direkte grunnlag for en løsning. Kjøpslovens spesielle stilling i kontraktsretten har i rettsteorien og i rettspraksis vært mye omtalt, og den må kunne sies å gi uttrykk for alminnelige kontraktsrettslige prinsipper.³⁷ Dette kommer avhandlingen nærmere tilbake til i punkt 3.3. Primært må det slås fast at kjøpslovens bestemmelser ikke får direkte anvendelse på datautviklingsområdet, jf. kjøpsloven § 2 andre ledd. Datautviklingsavtaler vil først og fremst være avtaler hvor arbeidet vil være en overveiende del av forpliktelsen. Kjøpselementet er i en slik avtale av minimal karakter, og størsteparten av kontraktsarbeidet knytter seg til utviklingen og konstruksjonen av programmet. I rettsteorien sier Klüwer at "[e]n hovedtendens synes imidlertid at avtaler om programutvikling faller utenfor kjøpslovens anvendelsesområde, med mindre det er tale om totalleveranser som inkluderer utstyr, hvor programvaren har utgjort en mindre del".³⁸ Spørsmålet blir derfor om kjøpsloven likevel kan ha betydning på området for datautviklingsavtaler, selv om den ikke får direkte anvendelse. Kai Krüger hevder i rettsteorien³⁹ for fabrikkasjonskontraktene at dersom kontrakten skulle vært basert på en vanlig tilvirkningsmodell, men faller utenfor kjøpsloven, må oppdraget klassifiseres teknisk som kjøp. Som et resultat av dette hevder han derfor at kjøpsloven vil gjelde som utfyllende regelverk. Som en forlengelse av dette synspunkt forstås at det kontraktsrettspolitiske spørsmål er om det for den fagjuridiske analyse og håndtering av tilvirkningskjøpene er naturlig å opprettholde et skille mellom kjøp og verksleie. Til dette er svaret "klart nei", mener Krüger, fordi det er så mange likhetpunkter mellom kontraktene på begge sider av demarkasjonslinjen mellom kjøp og tjeneste at en fellesbehandling har de beste grunner for seg. Som han også sier, at tilvirkningskjøpene, som for eksempel "større IT- utstyrsoppdrag", med fordel kan underkastes en felles behandling med kjøp.⁴⁰ Klüwer sier videre at "[d]et er som følger av ovenstående flere forhold som taler for at kjøpsloven ikke får direkte anvendelse som deklarasjonisk

³⁶ Viggo Hagstrøm (2003) s. 60.

³⁷ Kontrakter for utvikling av programvare (2006) s. 48.

³⁸ Kontrakter for utvikling av programvare (2006) s. 53.

³⁹ Kai Krüger (1998) s. 621.

⁴⁰ Kai Krüger (1998) s. 621-622.

bakgrunnsrett for avtaler om programvare. Det er imidlertid på svært mange punkter trekk ved avtaletypen som samsvarer med kjøpsrettslig klassifikasjon, at mye taler for likevel å se hen til kjøpsloven som en mulig kilde ved uklarheter i den inngåtte avtale”.⁴¹ Dette taler for at kjøpsloven kan brukes som utfyllende bakgrunnsrett, selv om den ikke kommer direkte til anvendelse. Både i rettsteorien og i rettspraksis er det alminnelig antatt at kjøpsloven må kunne legges til grunn som bakgrunnsrett, også på områder som ligger utenfor dens virkeområde. At den vil ha betydning i en konkret helhetsvurdering for en taus datautviklingsavtale, er derfor utvilsomt. I hvilken grad den har betydning for avbestillingsretten i datautviklingsavtaler på generelt grunnlag vil avhandlingen komme tilbake til i punkt 3.3.

Overfor er det drøftet om standardkontraktene på IT- området og kjøpsloven kan ha betydning i en kontraktsrettslig tvist, hvor løsningen ikke er gitt etter en kontraktstolkning. Spørsmålet videre er om standardkontrakter på andre rettsområder kan få betydning i en slik utfylling av taus kontrakt. For denne avhandlingen er det spesielt entrepriseretten og petroleumsretten som det vil være mest hensiktsmessig å sammenligne med. Dette er avtaler som har atskillige likhetstrekk med programutviklingsavtalene. Metodene for utvikling har mange likheter, standardkontraktene benytter for det meste den samme kontraktsstrukturen og kontraktsgjennomføringen, og leverandørens stilling som profesjonelle part gjør partsforholdet ganske likt. Grunnen til at man ønsker å se hen til disse rettsområdene er at det for disse i mye større grad enn for datautviklingsområdet, er utviklet en generell bakgrunnsrett og kontraktspraksis som kan løse de problemer som kontrakten ikke regulerer. Som Olav Torvund hevder kan man for IT- avtalene ”i stor grad(...) bygge på(...) andre kontraktsområder, først og fremst kjøp og entreprise”.⁴² Tore Sandvik hevder som en forlengelse av dette synet at: ”[f]ormålet med de standardiserte vilkårene kan også nettopp sies å være at de skal tjene som deklarasjonsregulering(...) samtidig gir de, hva den rent prinsipielle oppbygging angår, uttrykk for den gjeldende rettsoppfatning i de impliserte bransjer, og vil dermed måtte tillegges en ikke uvesentlig betydning også i kontraktsforholdet hvor de ikke direkte er gjort gjeldende”.⁴³ Videre

⁴¹ Kontrakter for utvikling av programvare (2006) s. 57.

⁴² Olav Torvund; http://www.torvund.net/index.php?page=it_ktr_024

⁴³ Tore Sandvik (1966) s. 68.

hevder han at "[v]ed å bygge på et noe bredere utvalg av standardvilkår, vil en imidlertid med større sikkerhet kunne fastslå enkelte hovedprinsipper og sikre utgangspunkter. I den utstrekning alle standardvilkår(...) fastslår den samme regel, gir det godt grunnlag for å fastslå en almen regel. Måten de enkelte klausuler er utformet på, vil også kunne gi holdepunkter for å fastslå hva som skal regnes som det rettslige utgangspunkt, hovedregelen, i et bestemt spørsmål".⁴⁴ Standardkontraktene i entrepriseretten og petroleumsretten er i stor grad uttrykk for en generell bakgrunnsrett som foreligger på området. De mange likheter som viser seg mellom disse områdene og datautviklingsområdet gjør at en kan hevde at de beste grunner taler for å se hen til bestemmelsene i disse standardkontraktene. Kai Krüger hevder som en forlengelse av dette at "[r]eelt vil mange av de aktuelle og praktiske spørsmål [i databransjen] på tilvirkningsområdet gjøre det naturlig å trekke forbindelseslinjer til entrepriseretten, der løsninger nedfelt i(...) NS 3430(...) spiller stor rolle, enten det dreier seg om presisering av kjøpsrettslige prinsipper, det gjelder regler som fraviker kjøpsretten – eller det gjelder regulering på områder der kjøpsretten gir regler".⁴⁵ Reglene i entreprise- og petroleumsstandardene er mye benyttet i praksis, og reglene er basert på analogier fra kjøpsloven som gir uttrykk for generelle obligasjonsrettslige prinsipper. Basert på dette må det legges til grunn at bestemmelsene i standardkontraktene på entreprise- og petroleumsområdet bør kunne være momenter i en helhetsvurdering når man utfyller en taus IT- kontrakt.

⁴⁴ Tore Sandvik (1966) s. 68.

⁴⁵ Kai Krüger (1998) s. 626.

3 Avbestilling av datautviklingsavtaler

3.1 Innledning

Som avhandlingen har sett på overfor, må en avbestillingsrett ta utgangspunkt i en tolkning av den foreliggende avtale. Er det ikke inntatt noen regel om avbestilling, og en slik rett ikke kan innfortolkes i den foreliggende avtale, må avtalen utfylles med andre rettslig relevante kilder. I denne utfyllingen kan det se hen til andre rettsområder, generelle obligasjonsrettslige prinsipper, kutyper og kontraktspraksis. Utfyllingen må også suppleres med reelle hensyn. Videre vil avhandlingen ta for seg spørsmålet om det kan oppstilles en generell regel om avbestillingsrett i IT- utviklingsavtaler.

Avhandlingen vil punktvis ta for seg de ulike rettskildene og deres relevans for avbestillingsretten på IT- området.

3.2 Standardkontraktene som uttrykk for generelle obligasjonsrettslige prinsipper

Spørsmålet er om standardkontraktene på IT- området kan danne grunnlag for en generell regel om avbestillingsrett i de tilfeller hvor avbestillingsspørsmålet ikke er regulert i kontrakten. For spørsmålet om disse standardkontraktene kan danne grunnlag for en generell regel, er det avgjørende om de rettslig sett har etablert seg som kutyme eller fast kontraktspraksis på datautviklingsområdet, eller om de kan gi uttrykk for generelle obligasjonsrettslige prinsipper. For avbestillingsretten er det avbestillingsbestemmelsene som det vil være relevant å drøfte.

Det har i teorien vært hevdet at kontraktspraksisen må være å anse som en kutyme eller sedvane for å få relevans. To dommer viser at kontraktspraksis kan være relevant, selv om de ikke uttrykker kutyme eller sedvane. I Campingvogndommen⁴⁶ gjaldt spørsmålet om en speditør overfor en campingvognimportør hadde tilbakeholdsrett i campingvogner for krav som knyttet seg til vogner som allerede var utlevert. Retten aksepterte tilbakeholdsretten på bakgrunn av en sammensatt begrunnelse. Det ble vist til de Nordiske Spedisjonsvilkår § 16, som i dette tilfelle klart nok ikke kunne anses

⁴⁶ Rt. 1973 s. 967

vedtatt. Retten uttalte om spedisjonsvilkårene at: ”Men jeg mener at når det – som her – foreligger innarbeidede bransjeregler, og disse verken kan anses uvanlige eller urimelige – hvilket jeg mener speditørforbundets regler ikke kan sies å være – må kontrakten i mangel av annen avtale anses inngått på bransjens vanlige vilkår, jfr Gaarder i TfR 1955 s 228 flg, særlig s 233”. I Smågrisdømmen⁴⁷ gikk Høyesterett i samme retning. Her var spørsmålet om eiendomsforbehold i smågriser sto seg overfor kjøperens konkursbo. Høyesterett besvarte dette enstemmig bekreftende under påberopelse av at man sto overfor en fast avtalepraksis. Førstvoterende uttaler at ”Jeg finner det unødvendig å ta standpunkt til om man kan sette etiketten sedvanerettsdannelse på forholdet. Jeg er enig med lagmannsretten i at det iallfall foreligger en fast innarbeidet ordning som domstolene får respektere”. Av dette ser vi at det ikke er nødvendig at kontraktspraksisen er som kutyme eller sedvane å regne. Det er alminnelig akseptert at kontraktspraksis også kan inngå i utfyllingen.

For den konkrete vurdering hevder Olav Torvund i rettsteorien at Statens Standardavtaler nok ”har vært retningsgivende i utviklingen og blitt et sentralt referansepunkt for denne type kontrakter. Men de har ikke en slik posisjon at de kan sies å gi uttrykk for en kontraktspraksis som får betydning også når disse kontraktene ikke er benyttet”.⁴⁸ Det må legges til grunn at det samme må gjelde for de andre standardkontraktene på IT-området, da de ikke kan sies å ha en bedre posisjon enn Statens Standardavtaler. På området for datautvikling finner vi flere standardkontrakter og de mest sentrale er SSA U, IKT- Norge og PS 2000. For alle disse standardkontraktene foreligger det en avbestillingsrett, selv om bestemmelsene er noe ulikt utformet. Generelt vil kontraktspraksis på området anses som en rettskilde, men det må stilles strenge krav til denne praksisen. Praksisen har ikke vært så fast og etablert over lang tid som den har vært på for eksempel entreprisområdet. Domstolen har heller ikke benyttet standardene i rettspraksis, og rettsteorien har ikke gitt noe entydig svar. Sammenlignet med for eksempel entrepriseretten, hvor det i mye større grad er utviklet en praksis og hvor en har ”bransjeetablerte” parter på begge sider, har man også for entrepriseretten vært negativ til å gi standardkontraktene direkte anvendelse der de ikke er uttrykkelig nevnt i kontrakten. Torvund hevder også at selv om det er visse løsninger som er vanlig i

⁴⁷ Rt 1966 s 857

⁴⁸ Olav Torvund; http://www.torvund.net/index.php?page=it_ktr_024

kontraktspraksis, kan de ikke være tilstrekkelig til å hevde at det er kutymen som innebærer at de må legges til grunn også der man ikke har avtalt slike løsninger.⁴⁹ De beste grunner taler for at en er tilbakeholden med å gi standardkontraktene direkte anvendelse på et forhold hvor de ikke er tatt inn. På denne bakgrunn kan det ikke legges til grunn at standardkontraktene på området kan ha en relativ vekt som kan utfylle en mangelfull avtale direkte som kontraktspraksis eller kutyme.

I forhold til spørsmålet om standardkontraktene gir uttrykk for generelle obligasjonsrettslige prinsipper, kan det stille seg noe annerledes. Alle de tre største standardkontraktene på området, SSA U, IKT- Norge og PS 2000 gir, som sagt over, kjøper en rett til å avbestille, mot at det ytes erstatning. Standardkontraktene er mye benyttet i praksis, og mange av bestemmelsene kan sies å bygge på alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper etter analogier fra kjøpslovens bestemmelser. Avbestillingsbestemmelsen i kjøpsloven er, som vi skal se under, å regne som et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp. Tore Sandvik hevder for entrepriserettens område at ”det tomrom som den manglende lovgivning etterlater, har det(...) i vidt omfang vært nødvendig å fylle med kontraktsvilkår. Skulle en på et felt som dette bygge på ”alminnelige rettsgrunnsetninger” og analogier fra andre rettsfelter, ville det skape en altfor markert usikkerhet i forholdet mellom partene, og det ville være en nærliggende fare for at de rettslige løsninger ikke i den ønskelige grad tok hensyn til særdragene(...)”.⁵⁰ Avbestillingsbestemmelsene i standardkontraktene på IT- området er svært lik de samme bestemmelsene i entreprise- og petroleumsstandardene. Avbestillingsreglene i standardkontraktene på IT- området samsvarer i stor grad med reglene som gjelder på obligasjonsrettens område ellers. Videre søker standardkontraktene på IT- området nettopp å ta vare på de ”særdragene” som gjelder for dataprogramutvikling. En generell regel på området vil også kunne skape større sikkerhet omkring ens rettigheter. Likevel kan man ikke de lege lata gå lenger enn å si at standardavtalene på IT- området bygger på de generelle prinsipper som gjelder på obligasjonsrettens område. Avbestillingsretten som standardkontraktene på IT- området gir uttrykk for, kan ikke i seg selv anses som et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp. Tore Sandvik sier i rettsteorien at ”når standardvilkårene her betegnes som en

⁴⁹ Olav Torvund; http://www.torvund.net/index.php?page=it_ktr_024

⁵⁰ Tore Sandvik (1966) s. 59-60.

”rettskilde”, betyr det selvsagt ikke at de tilkjennes en autoritet svarende til den som tilkommer den regulære lovgivning”.⁵¹ Gode grunner taler likevel for at man i en konkret vurdering kan legge vekt på at standardkontraktene gir kunden en avbestillingsrett, men man kan ikke gå så langt som å si at standardene har en slik betydning på området at de danner grunnlag for en generell regel om avbestillingsrett i IT- utviklingsavtaler.

Avbestillingsbestemmelsene i standardkontraktene på IT- området kan ikke sies å gi uttrykk for en kontraktspraksis, kutyme eller som et generelt obligasjonsrettslig prinsipp, som kan få direkte anvendelse i de tilfeller hvor kontrakten ikke regulerer om det skal være en avbestillingsrett. De kan derfor ikke hjemle en generell avbestillingsrett på datautviklingsområdet.

3.3 Kjøpslovens regler om tilvirkningskjøp

Som avhandlingen har sett på i punkt 2.5, kan det slås fast at kjøpsretten kan være med å utfylle en taus IT- avtale. Kjøpsloven vil her være av sentral betydning, og kan komme til anvendelse både som bakgrunnsrett og som uttrykk for generelle obligasjonsrettslige prinsipper. I dette punktet vil det bli vurdert om kjøpsloven kan danne grunnlag for en generell avbestillingsrett for datautviklingsavtalene.

Tore Sandvik uttaler om kjøpsretten at ”det lar seg ikke nekte at det har gjort seg gjeldende en viss tilbøyelighet til å se kjøpslovens bestemmelser og de prinsipielle synspunkter disse er bygget på, som et uttrykk for ”alminnelige rettsgrunnsetninger” med gyldighet også utenfor lovens eget område”.⁵² Videre hevder han at loven har fått redusert betydning blant annet på grunn av den utstrakte bruk av standardvilkår. Konklusjonen hans er derfor at; ”[s]att på spissen kan man si at lovens største verdi i dag er at den gir gode eksempler på almindelige obligasjonsrettslige regler”.⁵³ Dette

⁵¹ Tore Sandvik (1966) s. 69.

⁵² Tore Sandvik (1966) s. 95.

⁵³ Tor Sandvik (1966) s. 95-96.

underbygges også av Høyesteretts uttalelse i Garasjedommen⁵⁴; ”Jeg tilføyer at det ikke har så stor praktisk betydning at kjøpsloven ikke kommer direkte til anvendelse, da de sentrale bestemmelser i loven i stor grad er uttrykk for alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper”. Det at kjøpsloven gir uttrykk for å være mer generelle prinsipper vil kunne ha betydning for retten i datautviklingsavtalene. Viggo Hagstrøm hevder for avbestillingsretten at ”[d]et lovpolitiske syn som ligger til grunn for kjøpsloven § 52 (2), kan tilsi at løsningen bør anses som et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp som gjelder der det ikke finnes sikre, etablerte oppfatninger(...) Avbestillingsretten bør heretter løses i tråd med kjøpsloven § 52 (2), der det ikke foreligger sikre oppfatninger i annen retning(...)”.⁵⁵ Dette er et sterkt argument for at en taus datautviklingsavtale bør løses i tråd med kjøpslovens avbestillingsregler. Den rettsusikkerheten som foreligger på området gjør likevel at Hagstrøm her reserverer seg for at det de lege lata foreligger en slik rett. Uansett uttrykker han at det de lege ferenda foreligger gode grunner for at en slik rett bør foreligge. Som avhandlingen drøftet i punkt 2.5, så vil ikke kjøpsloven få direkte anvendelse på datautviklingsavtalene. Drøftelsen over viser at dette ikke vil ha nevneverdig betydning, da både loven som helhet og avbestillingsregelen i § 52 annet ledd uttrykker generelle obligasjonsrettslige prinsipper. Hvilken betydning dette får på et generelt grunnlag for datautviklingsavtalene, hvor avbestillingsretten ikke følger av avtalen, må vurderes i forhold til kjøpslovens avbestillingsregel.

Kjøpsloven § 52 annet ledd regulerer avbestilling av tilvirkningskontrakter. Etter bestemmelsen har kjøperen en avbestillingsrett mot erstatning ved tilvirkningskjøp. Avbestillingsretten forutsetter at det ikke medfører en betydelig ulempe for leverandøren å måtte unnlate eller avbryte tilvirkningen, eller at det vil innebære en risiko for at han ikke vil få erstattet det tap som avbestillingen medfører. Utgangspunktet etter kjøpsloven er altså at det foreligger en avbestillingsrett for kjøper og at avbestillingsretten ikke forutsetter at det foreligger noen særskilt grunn hos avbestilleren. Retten er likevel avgrenset gjennom de to nevnte alternative unntak av hensyn til selgeren. Etter kjøpsloven skal det derfor foretas en vurdering av om avbestillingen vil utgjøre en ”betydelig ulempe” i forhold til selgeren. Viggo Hagstrøm uttaler seg om unntaket i rettsteorien: ”Etter denne har kjøperen ikke avbestillingsrett

⁵⁴ Rt 1999 s. 408 (s. 420).

⁵⁵ Viggo Hagstrøm (2003) s. 69.

dersom « avbrudd ville føre med seg betydelig ulempe for » selgeren. I lovens fellesnordiske forarbeider fremholdes det at « en sådan olägenhet kan bero t.ex. på att säljaren ... har ett särskilt intresse av beställningen såsom referansarbete ». Dermed er det klart at selgers interesse i tilvirkningen utover den rent økonomiske, kan avskjære avbestilling(...) Kjøpsloven § 52 (2) forutsetter som nevnt at det skal skje en avveining mellom de kryssende hensyn når det er spørsmål om avbestillingsrett i tilvirkningskjøp⁵⁶. I forarbeidene til kjøpsloven uttales det at ”I praksis har det dessuten i en viss utstrekning vært akseptert at kjøperen kan avbestille en ting mot å betale erstatning for det tap selgeren lider(...) I motivene (s 33) understreker utvalget at det her er to hovedhensyn som gjør seg gjeldende. Det ene er hensynet til kontraktsikkerheten, det vil si den grunnleggende regel at kontrakter er bindende og skal holdes. Det andre er at det strider mot samfunnsmessige interesser å la verdier gå til grunne. Utvalget peker på at kontraktsikkerheten ikke er noen absolutt størrelse, og at moderne ugyldighetsregler har medført større fleksibilitet. Forutsatt at selgeren får erstatning, finner utvalget derfor at det bør være en viss adgang til avbestilling av tilvirkingskjøp. Et annet vilkår for avbestilling bør etter kjøpslovutvalgets utkast være at intet eller bare en mindre del av tilvirkingen er utført. Dette begrunnes dels i hensynet til at verdier ikke unødig skal prisgis, dels i at avbestilling ikke bør skje når den økonomiske fordel ved å fullføre tilvirkingen er større enn kostnadene ved dette. Kjøpslovutvalget foreslår også visse andre begrensninger i avbestillingsadgangen⁵⁷. Dette underbygger videre at det etter kjøpsloven må foretas en vurdering av de interesser som foreligger på selgerens side. Dette trekker i retning av at det er problematisk å oppstille en helt generell regel, som ikke tar utgangspunkt i en konkret vurdering som vurderer hensynene i hvert enkelt tilfelle.

De hensyn som kjøpslovens avbestillingsregel bygger på, vil også i de aller fleste tilfeller gjøre seg gjeldende for de ulike datautviklingsavtalene. For utvikleren vil det kunne være en betydelig ulempe å måtte avbryte sent i utviklingen, og kanskje spesielt hvis en har en ikke- økonomisk interesse av å gjennomføre prosjektet. Det kan også være at han har innrettet seg og lagt ned mye arbeid for å levere et godt resultat, kanskje

⁵⁶ Viggo Hagstrøm (2003) s. 249 og 250.

⁵⁷ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 104.

også utover det kunden skal betale for. Som det ble sagt tidligere så er det de færreste datautviklingsavtalene som fullføres til rett tid og til avtalt pris. I forhold til publisitet kan det slå negativt ut for utvikleren å bli tvunget til å avbryte utførelsen. Det vil også kunne stille seg spørsmål ved det økonomiske etteroppgjør ved en avbestilling sent i utviklingen. Dette kan igjen medføre at unødvendig mye tid går bort i diskusjoner, og kanskje blir det også en rettssak ut at oppgjøret. Ved en avbestilling sent i prosjektet vil kostnadene ved avbestillingen også kunne være større enn kostnadene ved å fullføre. Dette vil kunne være en betydelig ulempe for utvikleren, spesielt dersom fullføring ville vært nært forestående. Samfunnsøkonomisk vil det også være lite hensiktsmessig om man avbestiller sent i utviklingen.

Av dette ser vi at kjøpsloven vil være lite retningsgivende i forhold til om det i alle tilfeller må gjelde en generell avbestillingsrett på datautviklingsområdet.

Utgangspunktet etter kjøpsloven er likevel at kunden har en avbestillingsrett. De momenter som vil være av betydning i forhold til en begrensning i denne retten, er hvor langt i utviklingen en har kommet og hvilke interesser som foreligger på begge sider. Dette må videre vurderes opp mot den fleksibilitet som kontraktsforholdet uttrykker i form av hvilken utviklingsmetode partene har valgt. De lovpolitiske hensyn som ligger bak loven taler for at det bør gjelde en avbestillingsrett også for datautviklingsavtalene. Som en generell regel kan dette være med på å skape en større rettssikkerhet på området, og tvinge partene til å regulere spørsmålet dersom unntak skal gjelde.

Kjøpslovens avbestillingsregel, som uttrykker et generelt obligasjonsrettslig prinsipp, taler for at avbestillingsretten de lege ferenda bør løses i tråd med denne regelen. Det kan likevel ikke etter kjøpslovens regler, de lege lata, oppstilles en klar generell regel om avbestillingsrett for datautviklingsavtaler der den foreliggende avtale er taus. Det må i alle tilfeller foretas en konkret vurdering.

3.4 Andre rettsområders relevans

Regler fra andre rettsområder kan, som vi så på i punkt 2.5, få relevans i en konkret kontraktstolkning som utfyllende momenter. Da gjerne som uttrykk for en

bakgrunnsrett som gjelder på området, eller som momenter i en helhetsvurdering. I det følgende skal avhandlingen vurdere om det på bakgrunn av disse reglene kan oppstilles en generell regel om avbestillingsrett i IT- utviklingsavtaler. De rettsområder som det kan være relevant å se hen til er først og fremst entrepriseretten og petroleumsretten. Bakgrunnen for dette er at rettskildegrunnlaget på IT- området er svært begrenset, og likhetene mellom rettsområdene taler for at reglene de lege ferenda bør være de samme.⁵⁸ For avbestillingsretten, vil vi av den videre drøftelse se at mange av de samme hensyn gjøre seg gjeldende på disse rettsområdene, som på IT- området. Kai Krüger skriver i rettsteorien at "[r]eelt vil mange av de aktuelle og praktiske spørsmål på tilvirkningsområdet gjøre det naturlig å trekke forbindelseslinjer til entrepriseretten, der løsninger nedfelt i NBR- kontrakten NS 3430 (tidligere NS 3401) spiller stor rolle, enten det dreier seg om presisering av kjøpsrettslige prinsipper, det gjelder regler som fraviker kjøpsretten – eller det gjelder regulering på områder der kjøpsretten ikke gir regler".⁵⁹ Han hevder også at tilvirkningskjøp som "skipsbygging, oljefabrikasjon, maskinkontrakter og større IT- utstyrsoppdrag med fordel kan underkastes fellesbehandling".⁶⁰ De beste grunner taler for at man i størst mulig grad bør forsøke å samordne de regler som gjelder for tilvirkningskontrakter, da det vil skape større forutberegnelighet og stabilitet for partene. I motsatt retning taler hensynet til kontrakten som uttrykk for et bindende dokument, og den dynamikk som ligger i denne. Tore Sandvik hevder i denne sammenheng at det å bygge på "alminnelige rettsgrunnsetninger" og analogier fra andre rettsfelter, vil skape en usikkerhet i forholdet mellom partene, og at det vil være en nærliggende fare for at de rettslige løsningene ikke i tilstrekkelig grad tar hensyn til særdragene som gjelder for vedkommende bransje.⁶¹ I det følgende vil avhandlingen se på de regler som gjelder for avbestillingsretten på de sammenlignbare områdene.

På entrepriserområdet er Norsk Standard nærmest enerådende, og Tore Sandvik sier i rettsteorien at "en realistisk fremstilling av de rettsregler som gjelder for entrepriserområdet, vil knapt være tenkelig uten at kontraktsbestemmelsene, og ikke

⁵⁸ Se punkt 2.5 for beskrivelse av likhetene.

⁵⁹ Kai Krüger (1998) s. 626.

⁶⁰ Kai Krüger (1998) s. 626.

⁶¹ Tore Sandvik (1966) s. 59-60.

minst standardvilkårene ofres en bred plass”.⁶² Om avbestillingsretten i entrepriseretten sier Viggo Hagstrøm at ”[p]å enkelte områder er det festnede oppfatninger om avbestillingsadgang; eksempelvis har en byggherre etter sikker oppfatning rett til å avbestille byggearbeider, jf NS 3430 pkt. 29”.⁶³ Videre hevder Hagstrøm det er ”en innarbeidet regel at byggherren uten at det foreligger særlige grunner, har adgang til å avbestille, men mot å svare erstatning for entrepenørens positive kontraktsinteresse, se også NS 3430 pkt. 29”.⁶⁴ Som en forlengelse av dette hevder Olav Torvund at ”[i] alle fall for entreprise hevdes det at byggherren som hovedregel har en avbestillingsrett”.⁶⁵ I hvilken utstrekning dette gjelder som en generell regel i entrepriseretten har vært mye diskutert i rettsteorien, uten at man kan si at man har kommet til noen konklusjon.

På petroleumsområdet hevder Knut Kaasen at det foreligger en entreprise- jus, og at det er mye som taler for at man er i ferd med å utvikle en jus for offshorekontrakter med et eget sett bakgrunnsregler man trekker på i individuelle tilfeller.⁶⁶ Dette er prinsipielt interessant da det heller ikke for disse kontraktene finnes klare lovhjemler for avbestilling. Kaasen går heller ikke lenger enn å si at man er i ferd med å utvikle et eget sett ”bakgrunnsregler”. Dette i motsetning til generelle regler som skal gjelde for alle tilfeller. Olav Torvund sier om avbestillingsretten for petroleumsavtaler at ”i vanlige entrepriseavtaler har byggherren (oppdragsgiver) en ubetinget avbestillingsrett(...) og for off-shore NF 92 art. 18”.⁶⁷ Det kan her hevdes at de regler som er gitt om avbestilling i NF- standardene er i ferd med å utvikle seg til å bli kontraktspraksis på området som man legger til grunn hvor det ikke finnes sikre oppfatninger i annen retning.

Over har avhandlingen tatt for seg kjøpslovens regler om avbestilling av tilvirkningsavtaler. Lovgiver har også gitt andre lovregler som regulerer avbestillingsrett. Bustadoppføringslova og håndtverkertjenesteloven er blant disse lovene, og de vil kunne være av betydning da de deler mange likhetstrekk med

⁶² Tore Sandvik (1966) s. 67.

⁶³ Viggo Hagstrøm (2003) s. 69.

⁶⁴ Viggo Hagstrøm (2003) s. 235, jf Tore Sandvik: Kommentar til NS 3401, s. 264.

⁶⁵ Olav Torvund; http://www.torvund.net/index.php?page=it_ktr_15

⁶⁶ Knut Kaasen (2006) s. 53-54.

⁶⁷ Olav Torvund (1997) s. 131.

datautviklingskjøp og entreprise. Både håndverkertjenesteloven og bustadoppføringslova gjelder forbrukerkjøp, men avbestillingsreglene er ikke bestemmelser av særlig hensyn til forbrukeren. Som Hagstrøm og Svarva sier om bustadoppføringslova så drøfter forarbeidene ”entrepriserettslige spørsmål i langt større bredde enn rene forbrukerhensyn skulle tilsi”.⁶⁸ Momenter vil derfor kunne utledes fra disse bestemmelsene, også hvor kjøperen ikke er forbruker. Bustadoppføringslova regulerer avbestilling i § 52 og hjemler en rett til å ”avbestille ytinga eller delar av den før overtaking”. Viggo Hagstrøm og Helge Morten Svarva sier i rettsteorien⁶⁹ at det kan være grunn til ”å anta at denne loven for sentrale områder må anses som en lovfesting av alminnelige entrepriserettslige regler og dermed som bakgrunnsrett også for kommersielle forhold. Bustadoppføringslova innebærer på mange punkter bare en videreføring av reguleringene i standardkontraktene”. Håndverkertjenesteloven regulerer avbestilling i §§ 39 og 40. Hovedregelen er at ”[f]orbrukeren kan tilbakekalle oppdraget helt eller delvis”, mot erstatning. Unntaket er at realkreditor likevel kan kreve å fortsette tilvirkningen såfremt det er ”nødvendig for å sikre tilbakeholds- og salgsretten” eller ”dersom forbrukeren ikke betaler eller stiller betryggende sikkerhet”.⁷⁰ Det kan også hevdes at man til en viss grad kan bruke de generelle reglene i håndverkertjenesteloven analogisk på andre typer tjenester, som uttrykk for generelle kontraktsrettslige prinsipper, så langt de passer. Bestemmelsene er i hovedsak lik reguleringen av avbestilling i kjøpsloven og bygger på de samme hensyn.

Gode grunner taler for å utfylle en taus datautviklingsavtale med de reglene som gjelder på disse områdene. Forutsetningen for at disse reglene skal kunne anvendes som utfyllende momenter på datautviklingsområdet, er at det er mange likheter mellom områdene, hensynene er mange av de samme, og at reelle hensyn taler for at det vil føre til en god løsning. Spesielt entreprise- og petroleumsområdet deler mange likheter med datautviklingsområdet i forhold til spørsmålet om avbestilling, og mange av hensynene vil være de samme. For eksempel hensynet til samfunnsmessige betraktninger, kjøpers lojalitetsplikt og utviklers innrettelse til avtalen. Bestemmelsene i standardkontraktene er relativt like og de bygger på den samme bakgrunnsretten. Alle standardkontraktene

⁶⁸ Helge Morten Svarva (1999) s.815.

⁶⁹ Helge Morten Svarva (1999) s. 816.

⁷⁰ Jf hvtjl § 39 annet ledd.

på entreprise- og petroleumsområdet gir kjøperen en ubetinget rett til å avbestille. Dette taler for at det også bør gjelde en generell avbestillingsrett på datautviklingsområdet. Likevel har det på entrepriseområdet vært mye drøftet i teorien hvor langt en kan gå i å tillate byggherren en generell adgang til å avbestille en kontrakt. Hagstrøm sier at ”[d]iskusjonen har særlig dreid seg om standardvilkår kan anses som kutyme (sedvane(...)) og dermed i prinsippet kunne fortrenge deklarasjonslov(...) Oppfatningen her synes å være at det ikke er grunnlag for å opphøye kontraktspraksis til kutyme. Derimot kan det selvfølgelig oppstå et samvirke mellom kontraktspraksis og kutyme, slik at en fast kontraktsregulering med tiden er blitt så innarbeidet som normalordning at man vil kunne snakke om kutyme”.⁷¹ Hagstrøm sier videre at ”Prinsippene for avbestilling(*for produksjonskontrakter*) har lenge vært usikre(...) På enkelte områder er det festnede oppfatninger om avbestillingsadgang; eksempelvis har en byggherre etter sikker oppfatning rett til å avbestille byggearbeider, jf. NS 3430 pkt. 29. Ellers har håndteringen av avbestillingsspørsmål vært preget av (en tilsynelatende) rettskildenød og derav følgende usikkerhet. Avgjørende rettspraksis har (tilsynelatende) ikke foreligget, og i teorien har meningene vært delte: Flere forfattere ville la avbestillingsadgangen bero på en konkret avveining av partenes interesser, mens andre vil tilkjenne en alminnelig rett til å avbestille”.⁷² Av dette må det forstås at det ikke er noen sikker oppfatning i den ene eller andre retning, om man skal tilkjenne en avbestillingsrett på et generelt grunnlag, eller om det må bero på en konkret vurdering. Jo Hov hevder med referanse til Rt 1933 s. 207, at det ikke eksisterer noen generell avbestillingsrett.⁷³ Dommen gjaldt avbestilling av et stort sorti pappesker. Da kjøpet ikke ble ansett som spesifikasjonskjøp, ble kjøperen ikke innrømmet avbestillingsrett. I en rettsavgjørelse, Rt. 1924 s. 340, går imidlertid Høyesterett langt i å oppstille en generell regel om ubetinget avbestillingsrett. Tvisten gjaldt utføring av en kostbar romutsmykning av Emanuel Vigeland i et privathjem, som bestilleren av forskjellige grunner ønsket å avbestille. Byretten, som Høyesterett i ”det væsentlige” sluttet seg til, uttalte helt generelt at ”den, som har bestilt et arbeide, ikke kan paatvinges mottagelsen av samme, naar han ikke lenger vil ha det utført. Den som skal levere det bestilte arbeide, maa i almindelighet i saadanne tilfælder nøie sig med at faa erstatning, og der

⁷¹ Hagstrøm (2003) s. 60.

⁷² Viggo Hagstrøm (2003) s. 69.

⁷³ Olav Torvund; http://www.torvund.net/index.php?page=it_ktr_15

foreligger ikke i nærværende tilfælde saadanne særegne omstændigheter, som skulde berettigc citanten til at utføre arbeidet hos indstevnte mot dennes ønske” (s. 342). Hagstrøm sier om dommen at ”uttalelsene er meget vidtgående, spesielt tatt i betraktning at det dreide seg om et utsmykningsarbeid kunstneren normalt ville hatt en betydelig ikke- økonomisk interesse i å kunne gjennomføre. Problemet for obligasjonsretten er imidlertid at dommen trolig aldri har hatt noen virkning som prejudikat, for den kom ikke inn i registrene i Retstidende og gikk derved i glemmeboken(...) Ved formuleringen av et alment prinsipp må de signaler som kan utledes av lovgiverens vurdering i 1988, veie tyngre enn en høyesterettsdom som første er brakt for dagen ved ”juridisk arkeologi”.⁷⁴ I dommen oppstilles det også et unntak dersom det skulle foreligge ”særegne omstændigheter”. Dette viser at det i alle tilfeller må foretas en konkret vurdering, hvor hensynene vil være avgjørende.

At reglene på de andre rettsområdene er så tydelige på at det må foreligge en avbestillingsrett, kan være avgjørende for datautviklingsavtalene. Som utslag av bakgrunnsrett, kontraktspraksis og allmenne prinsipper, vil dette tale for at det også for datautviklingsavtaler bør gjelde en avbestillingsrett i de tilfeller hvor kontrakten er taus. Gode grunner taler for at reglene bør være like og at momenter kan utledes fra disse når områdene deler så mange likheter. Standardkontraktene i entrepriseretten og petroleumsretten og lovreguleringen i bustadoppføringslova og håndtverktjenesteloven vil i stor grad gi uttrykk for en generell bakgrunnsrett som foreligger på området, og som bør tillegges stor betydning i utfyllingen av en taus datautviklingsavtale.

Men som Jo Hov også hevder kan det ikke i dag, de lege lata, sies å foreligge noen generell avbestillingsrett for tilvirkningsavtalene, som ikke tar utgangspunkt i en konkret vurdering. Når man skal vurdere avbestillingsretten må man alltid vurdere de hensyn som gjør seg gjeldende for det enkelte rettsområde og for det enkelte tilfelle. De lege lata kan man derfor ikke si at de andre rettsområder kan gi grunnlag for en generell avbestillingsrett på datautviklingsområdet.

⁷⁴ Viggo Hagstrøm (2003) s. 69.

3.5 Rimelighetshensyn og momenter i en konkret vurdering

3.5.1 Innledning

Som avhandlingen har sett av drøftelsen over⁷⁵ så kan man ikke de lege lata stille opp en helt generell avbestillingsrett for kjøper på datautviklingsområdet. Det må for alle tilfeller foretas en konkret vurdering som tar utgangspunkt i hensynet til leverandørens og kundens behov. Det vil også være relevant å legge vekt på om løsningen alt i alt fremstår som en rimelig løsning. I det følgende vil avhandlingen drøfte de momenter som bør ha relevans for den konkrete avbestillingsvurdering i datautviklingsavtalene.

3.5.2 Rimelighetshensyn

Å løse et spørsmål ut fra rimelighetshensyn, vil si en vurdering av hva som gir det beste resultatet ut fra de holdepunkter man har.⁷⁶ Grensedragningen mellom tolkning av en avtale og utfylling med rimelighetsvurderinger er flytende. Det er ikke alltid at domstolen viser til at løsningen følger av en rimelighetsvurdering, selv om det kanskje er denne vurderingen som er utslagsgivende for resultatet. Dette kan ha sammenheng med at en rimelighetsvurdering er vag, og at domstolene primært ønsker å hjemle avgjørelsen i mer sikre rettskilder. Om rimelighetshensyn som rettskilde, sier Viggo Hagstrøm at; ”[m]ed reelle hensyn menes verdistandpunkter. Verdistandpunkter spiller en sentral rolle som rettskilde også på obligasjonsrettens område”.⁷⁷ Når en avtale er taus om hvilke regler som gjelder, vil reelle hensyn naturlig nok få større betydning enn hvor rettsreglene eller avtalen er klar. Jo Hov uttaler at ”[n]år en skal vurdere hva som alt i alt er den beste løsningen, står en imidlertid ikke fullstendig fritt. Selv om utfylling med individuelt tilpassede løsninger bare er aktuelt der spørsmålet ikke er løst i den deklatoriske bakgrunnsretten, må de løsninger en velger være i harmoni med lovgivningen ellers”.⁷⁸ Hvilke momenter som må inngå i den konkrete vurderingen må ta utgangspunkt i den foreliggende avtale. For datautviklingsavtaler som er taus vedrørende en avbestillingsrett og hvor man ikke har mange sikre holdepunkter for en

⁷⁵ Punkt 3.2–3.4.

⁷⁶ Olav Torvund; http://www.torvund.net/index.php?page=it_ktr_053

⁷⁷ Viggo Hagstrøm (2003) s. 72-73.

⁷⁸ Jo Hov (2002) s. 177 og 178.

løsning, må domstolen derfor søke å finne en løsning som både er fornuftig og rimelig. Man står imidlertid ikke helt fritt i denne utfyllingen. De momenter som det legges vekt på må være i harmoni med de rettsregler som ellers gjelder. På vårt område vil det være rimelig å se hen til de regler som begrunner avbestilling i blant annet kjøpsretten, entrepriseretten og petroleumsretten for å utfylle avtalen, da disse områdene har mange likheter med datautviklingsområdet. Disse områdene gir uttrykk for rimelige løsninger og utfyllingen kan ikke løsrive seg helt fra disse reglene.

For datautviklingsområdet, hvor man mangler klare rettskilder, vil utfylling basert på rimelighet kunne få stor betydning for utfallet av avbestillingsretten. Den konkrete vurdering som skal foretas må baseres på de ulike hensyn som foreligger i det enkelte tilfelle. I veiingen av disse hensynene vil domstolen legge stor betydning på hvilket resultat som alt i alt vil gi det mest rimelige resultat. I det følgende vil avhandlingen drøfte de momenter som det vil være rimelig å legge vekt på, i den konkrete avbestillingsvurdering.

3.5.3 Kontraktsforløpet

3.5.3.1 Innledning

Som avhandlingen har sett på overfor så skiller vi mellom utvikling basert på tradisjonell metode (fossefallsmetoden) og utvikling som følger en iterativ modell. Spørsmålet er om valg av utviklingsmetode og hvor langt i utviklingen man har kommet kan få betydning for kundens rett til å avbestille.

3.5.3.2 Avbestilling etter den tradisjonelle utviklingsmetode

3.5.3.2.1 Avbestilling i forbindelse med den detaljerte leveransespesifikasjonen

Utgangspunktet for utvikling etter den tradisjonelle utviklingsmetoden (fossefallsmetoden) er at leverandøren, etter at kontrakten er inngått, utarbeider en detaljert spesifisering i samarbeid med kunden. Detaljspesifikasjonen er en mer

detaljert kravsspesifikasjon enn den som ble utarbeidet før kontrakten ble inngått. Spesifikasjonen skal danne grunnlaget for den faktiske utviklingen som skal gjennomføres i utviklingsfasen. Det som gjør denne fasen spesiell, er at den krever aksept fra kunden for å starte selve utviklingen. Det vil ofte være slik at det er først ved avslutningen av denne fasen at kunden ser hvordan produktet vil bli og får de nødvendige forutsetninger om kostnader og tidsaspekter i prosjektet. Det kan også tenkes tilfeller hvor utarbeidelsen av den detaljerte spesifikasjonen er en egen leveranse, men da vil det etter avtalen være fritt for kunden om han vil gå videre med prosjektet eller ikke. Det kan derfor stilles spørsmål om særpreget ved denne fasen gjør at kunden bør stå fritt i om han vil gå videre til neste fase.⁷⁹

Det er mange hensyn som taler for dette. Det er først ved dette punkt at kunden får de nødvendige forutsetninger for å vurdere produktet han har bestilt. Ved avtaleinngåelsen hadde han ikke de forutsetninger som han kanskje har nå og det kan etter spesifikasjonsfasen vise seg at prosjektet blir mer omfattende enn hva han hadde trodd, eller at det produktet kanskje likevel ikke svarer til det kunden egentlig hadde behov for. Det vil på et generelt grunnlag være uheldig om kunden ikke kan avbestille noe han ikke lenger vil ha. Det vil også være samfunnsøkonomisk lite gunstig å fortsette tilvirkningen av noe han ikke kommer til å bruke. Samtidig har leverandøren innrettet seg på å skulle gjennomføre prosjektet, og det vil kunne være uheldig om han måtte si opp ansatte eller underleverandører fordi kunden ikke lenger ønsker det han har bestilt. Leverandørens behov tilsier at han må sørge for å ha tilgjengelige ressurser for gjennomføringen av hele prosjektet, og at det ikke alltid vil være like rimelig å kreve at han må ta forbehold overfor underleverandørene om at kunden kan avbestille. Likevel kan det argumenteres for at man ved dette punkt er så i startfasen av utviklingen at det vil være rimelig at det ved avslutningen av denne fasen innrømmes en rett til å avbestille.⁸⁰ Før avslutningen av denne fasen har ikke leverandøren alle de nødvendige forutsetninger for å vurdere akkurat hvordan prosjektet skal gjennomføres. Spesifiseringsfasen forutsetter at kunden godkjenner før man kan starte utviklingen, og på denne bakgrunn må flere av de nødvendige forberedelser uansett avventes. Leverandøren vet i de fleste tilfeller heller ikke akkurat hvor mye personell han trenger,

⁷⁹ Kontrakter for utvikling av programvare (2006) s. 319.

⁸⁰ Kontrakter for utvikling av programvare (2006) s. 319-320.

eller hvilke underleverandører han kanskje må benytte seg av før han har omfanget av leveransen helt klart.

Etter SSA U skiller en mellom avbestilling etter denne fasen, og i utviklingsfasen. Kjøperen har adgang til å avbestille i forbindelse med spesifiseringsfasen, og erstatningsoppgjøret er rimeligere enn etter denne fasen. Det kan argumenteres for at leverandørens innrettelseshensyn ikke er like fremtredende i denne fasen, som for eksempel i utviklingsfasen. Det vil i de fleste tilfeller være mindre grunn for leverandøren å nekte en avbestilling ved dette punkt, da han uansett ikke kan ha foretatt alle de nødvendige forberedelser når han ikke vet omfanget av tilvirkningen før etter kundens aksept. Føyen, Klüwer, Madsen og Wille konkluderer i rettsteorien⁸¹ med at ”det bør derfor være en fri avbestillingsrett for kunden ved avslutning av spesifiseringsfasen. Dette forutsetter imidlertid at leverandøren sikres en rimelig økonomisk kompensasjon”. Når man ikke har kommet lenger i utviklingen enn til dette punkt, må en legge til grunn at de forberedelser og den innrettelse til prosjektet som er gjort, vil kunne kompenseres tilstrekkelig økonomisk. Det vil være et lite inngrep overfor leverandøren å tilkjenne kunden en avbestillingsrett, når leverandøren blir kompensert økonomisk.

De beste grunner taler for at en de lege ferenda innrømmer kunden en avbestillingsrett i forbindelse med leveransespesifikasjonen, når avtalen er taus på området. De lege lata er det likevel ikke bakgrunn for å si at det i alle tilfeller vil være rimelig å godta en avbestillingsrett på dette punkt. Det kan være tungtveiende hensyn som taler mot dette i den konkrete avveining, men utgangspunktet bør være at det skal mye til for å avskjære en avbestillingsrett etter dette punktet, dersom leverandøren kompenseres tilstrekkelig økonomisk.

⁸¹ Kontrakter for utvikling av programvare (2006) s. 319-320.

3.5.3.2.2 Avbestilling i utviklingsfasen

Etter SSA U skilles det mellom avbestilling før ferdigstilling av den detaljerte leveransespesifikasjonen, og avbestilling i selve utviklingsfasen. Utgangspunktet er at retten til å avbestille er den samme i begge fasene, men at det i tillegg kommer et avbestillingsgebyr når man avbestiller i utviklingsfasen. Som vi skal se av den videre drøftelse er det gode grunner for at en skiller mellom disse to fasene.

Avbestilling etter at utviklingen har startet skiller seg fra avbestilling før ferdigstilling av den detaljerte leveransespesifikasjonen på den måte at man har passert fasen for planlegging og forberedelse, og en har startet med den faktiske utviklingen av programvaren. Utvikleren har altså forlatt forberedelsesstadiet og tatt skritt for å fullføre prosjektet. Underleverandører og personer med spesiell kompetanse kan være hyret inn, det kan være inngått lisensavtaler på basisprogramvare og det kan være gjort avkall på andre oppdrag. Det vil på mange måter være et større inngrep overfor leverandøren å avbestille etter igangsettelse av denne fasen enn det vil være før man starter på selve utviklingen. Men også her kan det argumenteres for at det kan kompenseres økonomisk for den del av avbestillingen utvikleren ikke får fullføre, samt de kostnader leverandøren blir påført som følge av avbestillingen. Selv om det kompenseres økonomisk for det tapet leverandøren lider, kan det være at utvikleren ikke føler at han får full kompensasjon for det tapet han lider. Kanskje har han tatt oppdraget for å øke sin kompetanse, få publisitet eller gode referanser, og det er derfor ikke nødvendigvis slik at et økonomisk oppgjør vil kompensere for alt det som går tapt ved at han ikke får fullføre oppdraget. I utviklingsfasen er leverandørens innrettelse også mye større enn før denne fasen, og han kan også risikere negativ omtale om prosjektet må avsluttes.

Selv om leverandøren har innrettet seg etter avtalen og ønsker å presse fram en gjennomføring av prosjektet, vil det i de fleste tilfeller likevel stride mot enhver rimelighet om ikke kunden må innrømmes en avbestillingsrett mot å betale full erstatning. Å tvinge igjennom en gjennomføring vil sjelden være rimelig overfor kunden. Det kan likevel tenkes annerledes i visse tilfeller. Dersom tidspunktet for spørsmålet om avbestilling kommer sent i utviklingsfasen, kan det være mindre grunn til å tillate avbestilling, enn om dette skjer tidlig i utviklingen. Kanskje vil avslutningen av prosjektet medføre minst like mye arbeid, som å fullføre arbeidet.

Utgangspunktet bør klart være at en kunde ikke må presses til å motta en leveranse han ikke lenger ønsker. Selv om innrettelseshensynet er større i utviklingsfasen enn den er i spesifiseringsfasen, vil det de lege ferenda vil det være gode grunner for at en også i utviklingsfasen innrømmer kunden en avbestillingsrett. De lege lata kan det likevel ikke oppstilles en helt generell regel om avbestilling i denne fasen. Det må i alle tilfeller foretas en konkret vurderingen, hvor de ulike hensyn som gjør seg gjeldende må være avgjørende for om kunden har en avbestillingsrett eller ikke. Utgangspunktet bør likevel være at det gjelder en avbestillingsrett i utviklingsfasen.

3.5.3.3 Avbestilling etter iterativ metode

Denne utviklingsmetoden skiller seg mye fra utvikling etter den tradisjonelle metode. Utvikling etter iterativ metode tar utgangspunkt i et nært samspill mellom kunde og leverandør, hvor hele utviklingen skjer ved at det er prosessen som er regulert, og at det vanligvis utvikles prototyper for hvert delsystem i leveransen. Utviklingsmetodens særpreg som en modell med stor grad av frihet til endringer underveis, ville blitt motvirket dersom det ikke også innebærer en frihet til å avbestille underveis.⁸² Det naturlige utgangspunkt vil derfor være å innrømme kunden en fri avbestillingsrett på bakgrunn av valg av utviklingsmetode. Dersom en ikke ønsket en frihet til endringer underveis, kan en hevde at en burde valgt en annen utviklingsmodell. Føyen, Klüwer, Madsen og Wille sammenligner i rettsteorien⁸³ situasjonen med leveranse av en rekke løpende ytelser hvor det er naturlig med en oppsigelsesadgang. Tillitsforholdet mellom leverandør og kunde er helt avgjørende for at man får et produkt som kunden ønsker. Dersom en ikke klarer å samarbeide på en tilfredsstillende måte, vil en heller ikke klare å nå ønsket resultat på en god måte. Det vil kanskje ta mye lengre tid enn optimalt, derfor blir også prisen høyere eller møtene blir ikke så konstruktive som de skulle vært. Samspillet og tillitsforholdet gjør at likhetene med et ansettelsesforhold er iøynefallende, og at det derfor vil være naturlig å dra likheter mot oppsigelse. Likevel vil leverandøren kunne hevde at det er inngått en bindende avtale for utviklingen av hele programvaren, og ikke et ansettelsesforhold. Dersom leverandøren på et generelt

⁸² Kontrakter for utvikling av programvare (2006) s. 328 og 329.

⁸³ Kontrakter for utvikling av programvare (2006) s. 329.

grunnlag skulle kunne kreve fortsatt tilvirkning i en slik modell, ville det ført til mange urimelige løsninger og kunden hadde hatt liten påvirkningskraft i utviklingen. Selv om leverandøren har innrettet seg på å skulle utvikle hele programvaren, vil han ikke kunne gjøre så mye uten å høre med kunden først. Kundens frihet til å endre underveis vil påvirke leverandørens forpliktelser, og dersom det oppstår uenigheter underveis vil man måtte løse disse i samspill før man går videre. Dersom man ikke blir enige vil det være naturlig å avslutte den fortsatte tilvirkningen, og da avbestille den resterende ytelse. Det ville vært urimelig om kunden måtte kjempe mot leverandøren for å få det han ønsker, i stedet for å avbestille og eventuelt fortsette tilvirkningen hos en annen leverandør som han kanskje har et bedre samspill med. Når man benytter en iterativ utviklingsmodell, har man oftest ikke avtalt noen fast pris på prosjektet, og heller ingen dato for når prosjektet skal være ferdig. Dette gjør utviklingen uforutsigbar, og mye kan endre seg for kunden underveis. Også på det tekniske området kan en se at den programvaren som en hadde sett for seg, slett ikke ble slik som man hadde tenkt, da det under utviklingen kanskje viste seg å ikke være mulig.

PS 2000 gir kunden en rett til å avbestille leveransen uten grunn, uten at dette anses som mislighold.⁸⁴ I veiledningen til kontrakten uttales det at kunden må gis en mulighet til å komme ut av et prosjekt som ikke ser ut til å gi det forventede resultat. Også i teorien⁸⁵ er det anført at det bør være en avbestillingsrett, og de beste grunner taler for at denne retten må være videre hvor en har valgt denne utviklingsmetode, enn hvor en har valgt utvikling etter den tradisjonelle metode (fossefallsmetoden). De lege ferenda er det gode grunner for at det bør gjelde en generell avbestillingsadgang hvor kontrakten ikke gir noen veiledning. Det kan likevel foreligge hensyn i det enkelte tilfelle som trekker i motsatt retning. For eksempel kan dette være urimelig om en har kommet veldig langt i utviklingen, eller at de ikke- økonomiske interessene er veldig sterke. De lege lata kan en derfor ikke si at det foreligger en helt generell rett til å avbestille etter iterativ utviklingsmetode. Utgangspunktet bør likevel klart være at kunden tilkjennes en videre avbestillingsadgang etter denne metoden, enn etter den tradisjonelle utviklingsmetoden (fossefallsmetoden).

⁸⁴ PS 2000 nr. 7

⁸⁵ Kontrakter for utvikling av programvare (2006) s. 329

3.5.4 Avbestilling med og uten erstatning

3.5.4.1 Avbestilling uten erstatning

Avbestilling uten at det blir betalt erstatning til realdebitor har den egentlige betydning at kontrakten ikke er bindende for avbestilleren. Slik avbestilling er heller unntaket enn hovedregelen, men det finnes likevel noen kontraktstyper hvor det er inntatt regler som gir en slik rett. Avbestilling kan skje i de tilfeller hvor kontrakten er bortfalt på grunn av bristende forutsetninger. Også avbestilling i enkelte forbrukerforhold vil kunne tenkes.⁸⁶ Disse formene for bortfall av rettigheter og plikter etter kontrakten faller utenfor tema og vil ikke bli videre drøftet i avhandlingen.

I sjøloven § 415 er det inntatt en bestemmelse som gir en passasjer rett til å avbestille en båtreise dersom han ikke tiltrer reisen på grunn av ”sykdom eller annen rimelig grunn og bortfrakteren underrettes uten ugrunnet opphold”. Et tilsvarende prinsipp antas også å gjelde for andre former for passasjerbefordring og sterkt personlige ytelser, som hotellbestillinger, bussreiser time til lege, fysioterapeut, psykolog eller lignende. Slike ytelser må alltid kunne avbestilles, men likevel vil hensynet til den annen part tilsi at varselet må gis i såpass god tid at den bestilte time kan overlates til andre.⁸⁷ Disse ytelser vil være av en helt annen karakter enn datautviklingsavtaler, og kan derfor ikke komme til anvendelse på vårt område. Avbestilling av andre ytelser som skal oppfylles av debitor personlig, som for eksempel utføring av et kunstverk, håndtverkertjenester, arkitekt-, megler- eller advokatoppdrag, kan være noe mer tvilsomt. Disse former for avbestilling vil også skille seg merkbart fra avbestilling av datautviklingsavtaler, da disse avtalene forutsetter et særlig tillitsforhold som er av en annen art enn avtalene som er tema for denne avhandlingen. At det foreligger en lojalitetsplikt i datautviklingsavtaler må legges til grunn, men etter de overfor nevnte ytelser som for eksempel advokat- og megleroppdrag er tillitsforholdet av en så personlig karakter at det ville vært urimelig om en ikke kunne få avbestille oppdraget.

En rett til avbestilling uten erstatning for utviklingskontrakter av dataprogramvare kan som nevnt ikke hjemles i de ovennevnte unntakene. Følgelig kan det ikke foreligge en

⁸⁶ Se forbrukerkjøpsloven § 41 og § 42 og angrerettloven § 11.

⁸⁷ Kjetil Krokeide (1979) s. 185-186.

rett til å avbestille en IT- utviklingskontrakt uten å betale erstatning, såfremt det ikke foreligger særlig hjemmel for dette. En slik hjemmel må i tilfelle være avtale mellom partene. De lege ferenda kan en heller ikke se at en slik regel bør innfortolkes i en avtale som ikke sier noe om avbestilling på datautviklingsområdet.

3.5.4.2 Avbestilling mot erstatning

Avbestilling skiller seg på mange måter fra annen irregulær avvikling, hvor årsaken er mangler, bristende forutsetninger, forsinkelser og lignende. Disse formene for avvikling kan føre til at kunden ikke behøver å betale for utført arbeid, og kanskje kan han også kreve erstatning. Avbestillingsrettens særegenhet som opphørsgrunn tilsier at det i alle tilfelle må ytes erstatning. Dersom en ikke skulle betale erstatning ville det hatt den egentlige realitet at avtalen ikke hadde noen rettslig virkning som bindende dokument. Da ville man rettslig sett stått overfor de samme tilfeller som for eksempel heving og bristende forutsetninger. Om avbestillingsretten for tilvirkningskontrakter sier Krokeide i rettsteorien at det er ”nær sammenheng mellom erstatningsberegningen og selve avbestillingsretten. Jo større erstatning verksmesteren har krav på, jo mindre betenkelig vil det være å gi verksherren avbestillingsrett(...) Det er særlig spørsmålet om i hvilken utstrekning en bestiller bør ha rett til å fri seg fra en tilvirkningskontrakt mot å betale full erstatning for verksmesterens interesse av kontrakten, som det er aktuelt å drøfte”.⁸⁸ Av dette ser vi at erstatningen og selve avbestillingsretten henger sammen på den måten at dersom ikke kunden betaler erstatning, så har en heller ingen avbestillingsrett. Om kunden i en datautviklingsavtale har avbestillingsrett, er noe som må avgjøres etter en konkret vurdering. I denne vurderingen vil erstatningens størrelse være av betydning. Hagstrøm sier videre i rettsteorien at ”[p]rinsippene for avbestilling har lenge vært usikre(...) Usikkerheten har særlig knyttet seg til spørsmålet om en rett til avbestilling mot å svare erstatning. En slik avbestillingsadgang er interessant spesielt i produksjonskontrakter”.⁸⁹ Av dette kan vi utlede at avbestillingsspørsmålet først blir problematisert når det er snakk om at kunden plikter å svare erstatning. Dette ser vi også av de andre relevante rettskilder som det for datautviklingsavtalene er relevant se

⁸⁸ Kjetil Krokeide (1979) s. 178.

⁸⁹ Viggo Hagstrøm (2003) s. 69.

hen til. Kjøpsloven regulerer uttrykkelig at dersom selgeren ikke kan fastholde kjøpet ”utmåles erstatning”.⁹⁰ Like bestemmelser finner vi også i bustadoppføringslova og håndverkertjenesteloven.⁹¹ Alle standardkontraktene på IT- området regulerer også avbestillingsrett mot erstatning, og det samme gjør standardene på entrepris- og petroleumsområdet. På alle disse rettsområdene er økonomisk kompensasjon et vilkår for avbestillingsrett. I rettsteorien synes man entydig å forutsette at erstatning er et vilkår for avbestilling. Det kan derfor konkluderes med at økonomisk kompensasjon er en forutsetning for at kunden kan få rett til å avbestille en taus datautviklingsavtale. Hvordan det økonomiske etteroppgjør skal foretas faller utenfor temaet for avhandlingen.

3.5.5 Begrunnelsens relevans for avbestillingen

Dersom man først innrømmer kunden avbestillingsrett på vilkår som ivaretar leverandørens behov, blir spørsmålet om det spiller noen rolle hva som er årsaken til avbestillingen. I denne sammenheng er spørsmålet om det også kan foreligge en avbestillingsrett i de tilfeller hvor kunden ønsker å gå videre med utviklingen, men med en annen utvikler. Spørsmålet har vært diskutert i rettsteorien, men for datautviklingsavtaler er det ikke gitt noe klart svar. Det som hevdes i teorien er at når man først innrømmer kunden en avbestillingsrett, hvor utviklerens behov er tilstrekkelig ivaretatt, bør det være uten betydning for leverandøren hvorfor kunden avbestiller.⁹² Likevel hevder Føyen, Klüwer, Madsen og Wille at avbestillingsretten kan falle noe forskjellig ut, alt etter hva som er årsaken til avbestillingsbehovet, og at det i denne sammenheng må foretas en vurdering av leverandørens behov i forhold til kundens.⁹³ Ola Mestad hevder videre i rettsteorien at det ved en tolkning av ordet ”avbestilling” kan ligge en begrensning i avbestillingsretten. Dersom en legger til grunn at det i ordet ”avbestilling” menes at en ikke ønsker naturaloppfyllelse, vil det å sette bort arbeidet til andre reelt sett innebære at det ikke er naturaloppfyllelsen han ikke ønsker, og at det

⁹⁰ Kjøpsloven § 52 annet ledd, annet punktum.

⁹¹ Håndverkertjenesteloven § 40 og bustadoppføringslova § 52.

⁹² Kontrakter for utvikling av programvare (2006) s. 319.

⁹³ Kontrakter for utvikling av programvare (2006) s. 318 og Ola Mestad (2010) s. 334.

derfor ikke foreligger avbestilling.⁹⁴ Det må likevel klart legges til grunn at en ikke kan operere med en så snever betydning av ordet i avtaler om datautvikling. Avbestilling må her menes avbestilling av ytelsen fra avtaleparten, ikke at kunden ikke ønsker en slik leveranse i det hele tatt. Det kan være mange grunner til at kunden ikke ønsker at den opprinnelige leverandør skal fortsette tilvirkningen. Disse begrunnelser kan være mer eller mindre gode, men på et generelt grunnlag tilsier mange hensyn at en kunde bør kunne avbestille dersom han ikke er fornøyd. Samarbeidet kan være dårlig, en er ikke fornøyd med utførelsen og detaljene, eller en synes at leverandøren bruker unødvendig lang tid. Samtidig taler avtalens uttrykk for en rettslig binding, mot at en bare kan si seg løs fra den uavhengig av noen særlig grunn. Dette kan også settes på spissen dersom den eneste grunnen til avbestillingen er at en kan få utviklet programvaren billigere hos en annen leverandør. En kan hevde at dette vil være illojalt overfor den opprinnelige leverandøren. I teorien synes man likevel relativt samstemt om at det ikke bør ha noen betydning hvilken grunn en har for avbestillingen. Det hevdes at den økonomiske kompensasjonen som avbestillingen fører med seg bør være tilstrekkelig. Det kan som vi har sett på tidligere, likevel tenkes tilfeller hvor en økonomisk kompensasjon ikke føles tilstrekkelig for leverandøren. Også tidspunktet for avbestillingen kan tilsi at man ikke bør være for generell med tanke på en klar regel i forhold til begrunnelsen. Dersom man for eksempel ønsker å avbestille sent i utviklingen, taler rimelighetshensyn for at begrunnelsens innhold må være bedre enn om man ønsker å avbestille tidlig i utviklingen. I kjøpsloven er det ikke oppstilt noe krav om grunnen til avbestillingen. Viggo Hagstrøm sier om kjøpslovens bestemmelse at "[a]vbestillingsrett i medhold av bestemmelsen forutsetter ikke at det foreligger en særskilt grunn hos avbestilleren".⁹⁵ I entrepriseretten er det i NS 8405⁹⁶ inntatt en forsinkingsmekanisme i forhold til overtakelse etter avbestilling, hvor kunden ikke kan overlate utføringen til en annen entrepenør, før overtakelse er skjedd. Ola Mestad sier for entreprisekontrakter at det er "klart at NS 8405:2008 nettopp tillet at ein tar ut arbeid og gir tilsvarande arbeid til andre entrepenørar. Det er akkurat ein slik situasjon femte ledd gir ein regel for".⁹⁷ Kolrud sier likevel at det må gjøres unntak for de tilfeller hvor avbestillingen må

⁹⁴ Ola Mestad (2010) s. 333-334.

⁹⁵ Viggo Hagstrøm (2003) artikkel s. 249.

⁹⁶ NS 8405 pkt. 38.1 femte ledd.

⁹⁷ Ola Mestad (2010) s. 334.

betraktes som et misbruk av avbestillingsreglene.⁹⁸ På petroleumsområdet har Knut Kaasen reist spørsmålet om det må være visse grenser for avbestillingsretten under standardkontraktene hvor ”bakgrunnen [for avbestillingen] bare er at selskapet kan få arbeidet utført billigere hos en annen leverandør”. Til dette svarer han at det kanskje må trekkes en grense.⁹⁹ Ola Mestad konkluderer for entrepriseområdet med at ”Truleg kan ein ikkje gi eit heilt generelt svar på om føresegner om avbestillingsrett alltid skal tolkast slik at det ikkje er grenser for når avbestillingsretten kan brukast. Men dersom ingen ting uttrykkjeleg er regulert, må iallfall utgangspunktet vere at bestillaren står fritt til å avbestille sjølv om han ønskjer tilsvarande arbeid utført av andre. Dersom krav på full skadebot er verknaden av avbestilling, må det liggje nok vern i dette”.¹⁰⁰

De beste grunner taler for at dette også bør gjelde for datautviklingsavtalene når særtrekkene som gjør seg gjeldende for datautviklingsavtalene, for det meste vil være sammenfallende med de hensyn som gjør seg gjeldende for entreprise- og petroleumskontrakter. Også standardkontraktene på IT- området hjemler rett til avbestilling, uten at det er noe vilkår om grunnen til avbestillingen.

I den konkrete vurdering av om kunden har rett til å avbestille en datautviklingsavtale, vil begrunnelsen kunne være av betydning i forhold til avbestillingen. Utgangspunktet må likevel være at begrunnelsen ikke er noe tungt argument mot avbestillingsrett, såfremt det ikke ses som et misbruk av avbestillingsreglene.

⁹⁸ Helge Jakob Kolrud (2004) s. 480.

⁹⁹ Knut Kaasen (2006) s. 466 og Ola Mestad (2010) s. 333.

¹⁰⁰ Ola Mestad (2010) s. 335.

4 Sammen drag

Når det foreligger en avtale, må utgangspunktet være at avtalen skal gjennomføres etter dens innhold. I de tilfeller hvor kontrakten er taus vedrørende om det skal være en avbestillingsrett, må det foretas en konkret vurdering. Denne vurderingen vil først ta utgangspunktet i en tolkning av avtalen, deretter en utfylling. Å oppstille en helt generell avbestillingsrett på datautviklingsområdet, som ikke tar utgangspunkt i en konkret kontraktsrettslig vurdering som også vurderer de ulike hensyn og hva som er rimelig, vil derfor stride mot det avtalerettslige prinsipp om at avtalen skal gjennomføres etter dens innhold. De lege lata må en generell avbestillingsrett derfor hjemles i en klar rettskilde. Standardavtalene på IT- området trekker i retning av en avbestillingsrett, men kan klart ikke sies å ha den tyngde at de hjemler en helt generell regel på området, i de tilfeller hvor en av disse ikke er benyttet. Kjøpsloven går langt i å tillate kjøper en avbestillingsrett, og dens uttrykk for generelle obligasjonsrettslige prinsipper trekker sterkt i retning av å tillate avbestilling også på datautviklingsområdet. Likevel forutsetter kjøpsloven at det foretas en bredere vurdering hvor man også vurderer leverandørens interesser. Dette taler mot en helt generell avbestillingsrett. Standardkontraktene på andre sammenlignbare områder trekker også i retning av at kunden bør tillates en avbestillingsrett. Disse standardkontraktene vil likevel ikke ha den rettskildemessige tyngde som kan hjemle en generell avbestillingsrett på andre rettsområder, selv om disse i stor grad uttrykker generelle prinsipper. En helt generell avbestillingsregel på datautviklingsområdet kan man ikke oppstille de lege lata på grunnlag av de rettskilder vi nå har vurdert. De lovpolitiske syn som ligger bak kjøpsloven og de hensyn som standardkontraktene ivaretar vil likevel trekke sterkt i retning av en tilnærmet generell avbestillingsrett for datautviklingsavtalene.

De lege ferenda taler de beste grunner for at utgangspunktet må være at det skal gjelde en avbestillingsrett for kunden, forutsatt at leverandøren ikke blir økonomisk skadelidende. Den må likevel foretas en konkret vurdering, hvor relevante hensyn kan være hvor lang i utviklingen man har kommet, leverandørens innrettelseshensyn og kundens behov.

5 Litteraturliste

Litteratur:

Hov, Jo. Avtaleslutning og ugyldighet, Kontraktsrett I. 3. utg. Oslo, Papinian, 2002.

Hagstrøm, Viggo. Obligasjonsrett. 1. utg. Oslo. Universitetsforlaget, 2003.

Føyen, Arve. Klüwer, Christine. Madsen, Kristine M. og Wille Elisabeth. Kontrakter for utvikling av programvare. 1. utg. Oslo, Cappelen 2006.

Krüger, Kai. Norsk Kjøpsrett. 4. utg. Bergen, Alta Mater, 1998.

Torvund, Olav. Kontraktsregulering – IT- kontrakter. 1. utg. Tano Aschehoug, 1997.

Sandvik, Tore. Entreprenørrisikoen. 1. utg. Oslo, S. Hammerstads Boktrykkeri, 1966.

Knut Kaasen, Petroleumskontrakter. Med kommentarer til NF 05 og NKT 05. Oslo, Universitetsforlaget, 2006

Helge Jakob Kolrud mfl., NS 8405 Kommentarutgave. Oslo, Universitetsforlaget, 2004.

Artikler:

Hagstrøm, Viggo. Kunstnerisk utsmykning – noen kontraktsrettslige spørsmål. I: Festskrift til Mogens Kjørtvedgaard. 2003 s. 247-252.

Krokeide, Kjetil. Erstatningsberegningen ved ineffektive kontrakter. I: Tidsskrift for rettsvitenskap. 1979 s. 178-195.

Svarva, Helge Morten og Hagstrøm, Viggo. Kontraktsomlegging i entrepriseforhold. I: Tidsskrift for rettsvitenskap. 1999 s. 814-.

Mestad, Ola. Avbestilling av entreprisekontrakter. I: På rett grunn. 2010 s. 328-346.

Nettreferanser:

Woxholth, Geir. I hvor finner man kontraktsrettens kilder? (2007) I: www.uio.no:

<http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR3000/h07/JUR3000-2-1/index.xml>

Torvund, Olav. IT- kontrakter. http://www.torvund.net/index.php?page=it_ktr_00

Rettsavgjørelser:

RG 1992 s. 728

Rt. 2003 s. 1132

Rt. 1979 s. 676

Rt. 1980 s. 84

Rt. 1978 s. 702

Rt. 1973 s. 967

Rt. 1966 s. 857

Rt. 1999 s. 408

Rt. 1933 s. 207

Rt. 1924 s. 340

Lover:

1997 Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. av 13 juni. Nr. 43.

1989 Lov om håndverkertjenester m.m. for forbrukere av 16 juni. Nr. 63.

1988 Lov om kjøp av 13 mai. Nr. 27.

1918 Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer av 31 mai. Nr. 4.

1994 Lov om sjøfarten av 24 juni. Nr. 39.

2002 Lov om forbrukerkjøp av 21 juni. Nr. 34.

2000 Lov om opplysningsplikt og angrerett m.v. ved fjernsalg og salg utenfor fast utsalgssted av 21 des. Nr. 105.

